فعليهم الضمان عند ابي حنيفه وبه قال احمد ومالك وعندهما الديه في بيت المال في الوجهين
لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وسبب الاتلاف وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود
خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان وابو حنيفه يقول انهم اثبتوا سبب الاتلاف وهو الشهادة
والشهاده انما كانت موجبه بالتزكية فكانت التزكيه كعلة العلة بخلاف شهود الاحصان بان
الشهاده على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس بموجب
موجبا ولكن الاحصان اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فثبت انه علامة لا شرط فلم يتعلق به وجوب
ولا وجود • ولو رجع شهود الاحصان لم يضمنوا عندنا والشافعي في قول ومالك في رواية سوا
رجعوا مع الشهود او وحدهم وقال زفر والشافعي في قول ومالك في روايه واحمد يضمنون
لان الزنا موجب للرجم بعوله فيكون في معنى العله **وقلنا** الاحصان في معنى العلامه لان حكم
الشرط ان يمنع انعقاد العله الى ان يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف حكمه على احصان يحدث
بعده فانه اذا زنى ثم احصن لا يرجم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا والحكم لا يضاف
الى المظهر كما ذكرنا • وفي المبسوط وكيف يكون الاحصان موجبا للرجم موثرا فانه ثبوت الخصال الحميدة
ما نعه عن الزنا ومثبت ما يوجب المنع عن الشي لا يكون كمثبت من يوجب وجود ذلك الشي اذ هما على
طرفي نقيض فلما لم يوجب هذه الخصال الزنا لم يوجب الرجم ايضا لان ذلك حكم الزنا **قوله** فالضمان
اي ضمان قيمة العبد او ضمان نصف المهر لان وضع المسله فيهما على ما ذكر في الكتاب **وقوله** خاصة
احتراز عن قول زفر فان الضمان عنده على الجميع قال لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا **وقلنا**
شهود اليمين اثبتوا العلة الموجبه للعتق وهي قوله انت حر وشهود الدخول اثبتوا شرط العتق
وهو الدخول والشرط لا يعارض العلة في اضافه الحكم لان اضافة الحكم الى العله حقيقه واضافته
الى الشرط مجازية كما في الحافر مع الدافع فان الحكم يضاف الى الدافع دون الحافر كذا في المبسوط
قوله اختلف المشايخ فيه في المبسوط ظن بعض مشايخنا ان شهود الشرط يضمنون بالرجوع فيما
اذا كانت اليمين ثابته باقرار المولى وقالوا لان العله لا تصلح لاضافة الحكم لانها ليست تعديا فيكون
الحكم مضافا الى الشرط اذ الشرط خلف العله كما في حفر البير وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان
شهود الشرط لا يضمنون نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشره للاتلاف وعند وجود المباشر
يضاف الحكم اليه لا الى الشرط سوا كان الشرط بطريق التعدي او لا بخلاف مسله الحفر فالعلة هناك
ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شي فلهذا جعل الاتلاف مضافا الى الشرط • وفي
الكافي والى الاول مال فخر الاسلام ولو شهدا انه فوض واخران بانها طلقت او اعتق فالضمان على شهود التفويض
كالشرط

كتاب الوكالة

قيل وجه مناسبته بالشهادات ان
الشهاده والوكالة صفة الله تعالى قال الله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقالوا حسبنا الله ونعم
الوكيل **وقيل** هو ان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانه في احتياجه او كل واحد يصلح
سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات ثم محاسن الوكالة ظاهره لما فيها من
ايصال النفع وقضاء حوايج المحتاجين • والوكاله لغة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى بمعنى
الحافظ ولهذا قلنا اذا قال وكلتك بمالي انه يملك الحفظ فقط • والوكاله بفتح الواو وكسرها اسم
للتوكيل من قولك وكلتك توكيلا والتوكل اظهار العجز والاعتماد على الغير والاسم التكلان تدل على
التفويض والاعتماد تقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا اليه والتوكيل هو القائم بما فوض اليه
والجمع الوكلا كانه فعيل بمعنى مفعول واتكلت على فلان في امري اي اعتمدت واصله اوتكلت

شرعا
قلبت الواو يا لانكسار ما قبلها ثم ابدل منها التا فادغمت في تا الافتعال كذا في الصحاح والمغرب • و
اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم • والوكاله مشروعه بالكتاب والسنه
والاجماع • اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينه قص الله تعالى
عن الامم الماضية بلا انكار فيكون شريعة لنا ما لم يظهر ناسخه • واما السنه فما روى انه عليه السلم
وكل حكيم بن حزام بشرى الاضحيه وعروة البارقي به ايضا • ووكل عمرو بن اميه الضمري بقبول نكاح
ام حبيبه وابا رافع بقبول نكاح ميمونه • وعن جابر قال اردت الخروج الى خيبر فذكرته
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا لقيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك
ايه فضع يدك على ترقوته • واجمعت الامة على جوازها وكذا المعقول يدل عليه اذ الانسان قد يعجز
عن حفظ ماله عند خروجه للسفر وقد يعجز عن التصرف في ماله اما لقلة هدايته او لكثرة اشغاله
او لكثرة ماله او لضعفه او لوجاهته لا يتولى الامور بنفسه فاقتضى هذا المعنى جوازها • وسببها
ما هو السبب في ساير المعاملات وهو تعلق بقا المعلوم بتعاطيها • وركنها الالفاظ التي يثبت بها
الوكاله من قوله وكلتك بكذا وافترنه قبول المخاطب • روى بشر عن ابي يوسف لو قال لغيره احببت
ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او قال رضيت او قال شئت او قال اردت او قال وافقني فهذا
كله توكيل • ولو قال لا انهاك عن طلاق امراتي لا يكون هذا امرا وتوكيلا حتى لو طلق لا يقع • وكذا
لو قال لعبده لا انهاك عن التجارة لا يصير ماذونا وقال ابو الليث الجواب في الوكالة كذلك اما في
الاذن يجب ان يصير العبد ماذونا عندنا لانه بسكوت المولى يكون ماذونا وهذا فوق السكوت
كذا في الذخيرة وقال المحبوبي لو قال انت وكيلي في كل شي كان وكيلا بالحفظ الا اذا زاد فقال
انت وكيلي في كل شي جايز صنعك فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات
والطلاق والعتاق وعند ابي حنيفه وكيل في المعاوضات دون غيرها • وشرطها ما ذكر في الكتاب
وصفتها انها من العقود الجايزه • وحكمها جواز تصرف الوكيل فيما وكل به **قوله** كل عقد جاز ان
يعقده الى اخره **فان قيل** يلزم على طرده الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل
غيره بالاستقراض يقع على المستقرض الذي هو الوكيل لا على الموكل **قلنا** ذكر في الذخيره لو اخرج
الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة بان قال فلان يستقرض منك كذا ففعل المقرض يكون
الدراهم للامر لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه • ولو اخرج الكلام مخرج الوكاله بان قال اقرضني
عشرة فالعشرة للوكيل وله ان يمنعها من الامر لان التوكيل بالاستقراض باطل بخلاف الرسالة اذ
الرساله موضوعة لنقل العبارة والوكيل غير ناقل للعبارة وانما صح التوكيل بالبيع وغيره لان
محل التصرف ملك الموكل والتوكيل بالشرا صح من حيث انه امر بايجاب الثمن في ذمة الموكل
وذمته ملكه وهذا المعنى لا يتحقق في الاستقراض لان البدل في باب القرض يجب دينا في ذمة
المستقرض بالقبض لا بالعقد فلا بد من تصحيح الامر او لا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب المثل
في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير فتعذر تصحيح هذه الوكاله باعتبار جانب التملك
وباعتبار جانب العبارة فبطل ثم ذكر في الذخيره لو وكله بما لا يملكه الموكل لا يصح لان التوكيل
اثبات ولاية التصرف واثبات الولاية مما لا ولاية له باطل ثم قال هذا عندهما اما عند ابي حنيفه
شرط صحة التوكيل كون الموكل مما يملكه الوكيل وكون الموكل مالكا ليس بشرط عنده حتى لو وكل
المسلم الذمي ببيع خمر وشرايه جاز عنده • قال شيخ صاحب النهايه فعلى هذا يحمل اطلاق ما ذكر في
الروايه على قولهما وفي الكافي **قيل** المراد من قوله ان يكون مالكا للتصرف بالنظر الى اصل التصرف

وان امتنع لعارض وسع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي **قوله** على اعتبار بعض
الاحوال بان يكون مريضا او شيخا فانيا او ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه والتوكيل صحيح بدون
هذه العوارض لان حكمة الحكم يراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة **قوله** وبالتزوج
عمر بن ام سلمة اي وكله بتزوج امه من النبي عليه الصلاة والسلام **قوله** في ساير الحقوق اي جميعها
وفي الصحاح ساير الناس اي جميعهم **قوله** لما قدمنا اشاره الى قوله لان الانسان قد يعجز الى
اخره **قوله** وكل عقيلا اي في الخصومات وانما اختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى
حكي ان عليا استقبله يوما ومعه عنزله فقال على سبيل الدعابة احد الثلاثة احمق فقال عقيل
اما انا وعنزي فعاقلان فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقره لكبر سنه
او لنقصان ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط **قوله** مع غيبة الموكل
قيد به لانه يجوز استيفا القصاص والقذف في حضوره باجماع الايمة الاربعة وفي غيبته لا يجوز
عندنا وبه قال الشافعي في قول وهو نصه ونص به القاضي الروياني من اصحابه وقال الشافعي
في الاصح ومالك واحمد يجوز له استيفا القصاص والقذف في غيبة الموكل لانه حق العبد
فيجوز استيفاوه في حضوره فكذا في غيبته **وقلنا** انه عقوبة تسقط بالشبهات وشبهة
العفو ثابتة في حال غيبته لجواز ان الموكل قد عفى بنفسه والوكيل لا يشعر به بل هو الظاهر لان
العفو مندوب اليه شرعا قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وقال تعالى فمن تصدق به فهو
كفارة له بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى
ذلك لقلة هدايته في الاستيفا او لان قلبه لا يحتمل ذلك وبخلاف الاستيفا في غيبة الشهود
لان رجوعهم نادر لان الاصل في العدول الصدق **قوله** وليس كل احد الى اخره جواب اشكال
وهو ان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل باستيفا القصاص بل يستوفيه بنفسه لما ان
في التوكيل شبهة البدلية واستيفا القصاص مما لا يجري فيه الابدال فاجاب عنه بهذا وهو
ما ذكرنا من قلة هدايته الى اخره **قوله** وهذا الذي ذكرناه اي جواز التوكيل باثبات كل
الحقوق سوا كان في الحدود والقصاص او غيرها قول ابي حنيفة وبه قالت الايمة الثلاثة وعند
ابي يوسف لا يجوز في اثبات الحدود والقصاص في المبسوط وكل رجلا بطلب قصاص في نفس
او ما دونها لا يجوز وان وكله باقامة البينة على ذلك جاز عند ابي حنيفة ومحمد الا عند ابي حنيفة
عند مرض الخصم او غيبته وعند محمد على كل حال وبه قالت الايمة الثلاثة وعلى قول ابي يوسف
لا يجوز التوكيل بذلك وعلى هذا الخلاف اثبات حد السرقة والقذف ● له اي لابي يوسف ان
الوكيل بمنزلة البدل عن الموكل ولا مدخل للابدال فيها ولهذا لا تثبت بالشهادة على الشهادة
وبكتاب القاضي الى القاضي وبشهادة النسا مع الرجال وبالاشارة من الاخرس التي هي بدل عن
العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفا فاذا لم يصح التوكيل بالاستيفا فلا يصح التوكيل
بالاثبات ايضا وهذا حجة على ابي حنيفة ومحمد لا على الايمة الثلاثة **وقلنا** انه وكله بما يملك
مباشرته وهي الخصومة فصح توكيله وما يثبته ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف اليه الحد لان
وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة شرط محض لا اثر لها في الوجوب
والظهور والحكم لا يضاف الى الشرط المحض **قوله** وقول محمد مع قول ابي حنيفة وهو الاظهر
قوله لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل كما مر في النكاح **قوله**
من جانب من عليه الحد يعني اذا وكل المطلوب بالقصاص او القذف وكيلا بالخصومة في دفع ما يطالب

٢١٧ فع
به **قوله** وكلام ابي حنيفة اي في التوكيل من جانب من عليه الحد اظهر لان الوكيل وقع هنا بدفع
دعوى القصاص والحدود دفعها يثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على
الشهادة وشهادة النسا مع الرجال **قوله** لما فيه اي في الاقرار شبهة عدم الامر به اي بالاقرار قرار
يعني لو حملنا التوكيل على الجواب فيجب ان يصح اقراره على الموكل وفي المبسوط لو اقر في مجلس القضا بوجوب
القصاص على موكله يصح قياسا لانه قام مقام الموكل كما في ساير الحقوق وفي الاستحسان لا يجوز لان اقرار
التوكيل على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع مجاز وفي الحقيقة الاقرار ضد الخصومة
فيصير ذلك شبهة فيما يندري بالشبهات لا فيما يثبت مع الشبهات ولو وكل باثبات المال دون طلب
الحد في السرقة يجوز بلا خلاف لان المقصود المال ● وفي الكافي ولا يجوز التوكيل باثبات حد الزنا
وشرب الخمر بالاتفاق لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام الحسبة على وجه الحسبة فاذا كان احد يتبرع به لا
يصح توكيله اياه **قوله** الا برضا الخصم سوا كان التوكيل من جانب المدعي او من جانب المدعا عليه
وسوى عنده الموكل اذا كان رجلا وامراة بكرا كان او ثيبا **قوله** وهو قول ابي يوسف ومحمد
قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وفي فتاوى قاضي خان كان ابو يوسف اولا يقول لا تقبل الوكالة
بغير رضا الخصم من الرجال وتقبل من النسا ثم رجع وقال تقبل من الرجال والنسا وسوى فيه الوضيع
والشريف وهو قول محمد والشافعي وبه اخذ الصفار وقال الامام السرخسي اذا علم القاضي التعنت
من المدعي في اباء التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه وهو الصحيح عندي وان علم القصد الى الاضرار
من الموكل بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل **قوله** ولا خلاف في
الجواز وانما الاختلاف في اللزوم يعني هل يرتد الوكالة برد الخصم ام لا عنده يرتد خلافا لهما
وفي فتاوى العتابي بغير رضى الخصم لا يجوز معناه لا يجبر خصمه على قبول الوكالة وهو المختار ويستوي
فيه الوضيع والشريف فكان معنى قوله لا يجوز لا يلزم **قوله** في خالص حقه اي حق الموكل
وهذا لانه وكله اما بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فان الخصومة من خالص حق
الموكل حتى لا يجبر المدعي على الخصومة وكذا الجواب لانه اما انكار او اقرار كما في استيفا الدين
وايفايه وقبضه وتقاضيه ● وله اي ولابي حنيفة انه قصد بهذا التوكيل الاضرار بخصمه فيما
هو مستحق عليه وهو الجواب فلا يملكه الا برضاه كالحوالة بالدين وهذا لان الحضور والجواب
مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في
هذا الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر ان الموكل انما يقصد بهذا التوكيل
ان يشتغل الوكيل بالحيل ليدفع الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم نعم توكيل بما هو خالص حقه
لكن لما كان يتصل به ضرر الغير لا يملكه بلا رضاه كمن استاجر دابة يركبها او ثوبا يلبسه لا يملك
ان يوجره لغيره وان كان يتصرف في ملكه وهو المنفعة لكن يتصل به ضرر بمالك الغير وهو العين لان
الناس يتفاوتون في الركوب واللبس وكاحد شريكي العبد اذا كاتبه كان للاخر فسخه وان حصل
تصرفه في خالص ملكه لان الاخر يتضرر به بخلاف التوكيل بالقبض والايفا بان الحق معلوم الحقيقة
فلا يتصل بهذا التوكيل ضرر بالاخر وكذا التقاضي له حد معلوم يمنع الوكيل عن مجاوزته فلا يتضرر
به الخصم فاما الخصومة فليس لها حد معلوم يعرف ذلك حتى يمنع الوكيل عن مجاوزته وبعضهم الحق
بحجته فيحال في الاثبات يتضرر الخصم فيشترط رضاه **قوله** ولهذا يستحضره اي المدعي
ولاية احضار المدعى عليه الى مجلس القاضي يعلم ان الجواب مستحق عليه **قوله** غير مستحق عليهما
اي غير واجب على المسافر والمريض لعجز المسافر لغيبته وعجز المريض لمرضه فلا يملك الخصم احضارهما

لعجزهما فلايكون في التوكيل اسقاط حق مستحق وفي فتاوى قاضي خان ثم المريض اذا كان لايستطيع ان يمشي
على قدميه ولكن يمكنه بركوب الدابة او ايدي الناس فان ازداد مرضه بالركوب صح توكيله
بغير رضى الخصم وان كان لايزداد اختلفوا فيه قيل على الخلاف ايضا وقيل له ان يوكل بغير رضاه وهو
الصحيح **قوله** ليتحقق الضرورة اذ لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفي فتاوى
قاضي لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضي ينظر الى زيه وعدة سفره او يسال عمن يريد
ان يخرج معه فيسال عن رفقائه كما في فسخ الاجاره **قوله** ولو كانت المراة مخدرة قال
البزدوي المخدرة هي التي لايراها غير المحارم من الرجال اما التي جلست على المنصة فراها يكون
مخدرة فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لاتعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج
يبعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول ويستحلفها احدهم ويشهد الاخران على حلفها وكذا في
المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لاتجري في الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في ادب
القاضي وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة او الى المريض خليفة فيفصل الخصومة
هنالك يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه وان لم يكن للحاكم ان يستخلف يبعث امينا ومعه امينين
يعرفان المريض او المراة حتى يمكنهما الشهادة على حلفهما • اما لو اقر المريض او المراة بدعوى الخصم شهد
الامينان على ذلك وقالا للمريض وكل وكيلا يحضر مع خصمك مجلس الحكم فاذا فعل ذلك حضر الشاهدان
فشهدا عند القاضي بما اقر ولو جحد المريض ولم يحلف ونكل فامره ايضا ان يوكل وكيلا حتى يحضر مجلس
القاضي ويشهدا عليه عند القاضي بحضرة من وكله بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى والزمه ذلك
قال شمس الائمة السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب حيث لا يشترط للقضاء بالنكول ان يكون على فور
النكول • فاما غيره من المشايخ يشترطون القضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول فكيف يصنع على قولهم
اختلفوا **قيل** الامين يحكم عليها بالنكول ثم ينقل الشاهدان ذلك الى مجلس القاضي مع وكيلهما
فالقاضي يمضي ذلك فيكون هذا امضاء لذلك الحكم **وقيل** ان القاضي يقول للمدعي انريد
حكما يحكم بينكما بذلك ثمه فاذا رضي يبعث امينا الى الخصم فيخبره بالحكم فاذا رضي يحكم الحاكم بينهما فان
كان حكمه شيا لايختلف الفقهاء فيه نفذ وان كان فيه اختلاف يتوقف على امضاء القاضي • وفي الذخيرة
ومن الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة الحيض في المراة اذا كان القاضي
يقضي في المسجد وهذه المسالة على وجهين ان كانت الحائض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم وان
وان كانت مطلوبة ان اخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لايقبل توكيلها بغير رضى خصمه والا
يقبل • ولو كان الموكل محبوسا فهو على وجهين ان كان محبوسا في سجن هذا القاضي لايقبل الوكيل بلا
رضا خصمه لان القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده الى السجن وان كان محبوسا في سجن الوالي ولايمكنه الوالي
من الخروج يلزمه توكيله بغير رضا خصمه وهذا شي استحسنه المتاخرون والحقوها بالمريضة لعجزها
عن الادا بحجتها لمكان الحيا واختاروه للفتوى **قوله** ممن يملك التصرف اي التصرف الذي وكله به
وفي الذخيرة هذا القيد وقع على قولهما لاعلى قول ابي حنيفة فان عنده شرط الوكالة كون التوكيل
حاصلا لما يملكه الوكيل وقد مر **فان قيل** يشكل بما لو قال رجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه
بعبد او قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فانه من قال
لغيره بعتك هذا العبد او قال اشتريت منك هذا العبد بعبد لايجوز ذكره في الذخيرة **قلنا**
يملك مباشرة بيع هذا العبد او شرايه اما اذا باعه بنفسه لايجوز لجهالة الثمن او المبيع جهالة
مفضية الى المنازعة • اما الجهالة لاتمنع التوكيل لانه ليس بامر لازم والمانع من الصحة المنازعة لا

نفس الجهالة ثم اذا صح التوكيل فان كان قد وكله بالشرا فاشترى عبدا بغير عينه لايجوز كما لو اشترى
الموكل بنفسه وان اشترى عبدا بعينه ان كان ثمنه مثل قيمة هذا العبد او اقل بقدر الغبن اليسير يجوز
وان كان اقل بقدر الغبن الفاحش لايجوز وكذا في جانب الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة **قوله** وتلزمه
الاحكام **قيل** هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل لايثبت له حكم تصرفه حتى يملك الوكيل بالشرا
المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن ولايصح توكيل الوكيل غيره **وقيل** احتراز عن الصبي المحجور والعبد
المحجور فانهما لو اشتريا شيا لايملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما **قوله** ممن يعقل العقد وفي
الذخيرة يعرف ان الشرا جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن اليسير من الفاحش
ويقصده اي يقصد مباشرة السبب ثبوت الحكم ولايكون هازلا فيه لانه يقوم مقام الموكل في العبارة
فلابد من ان يكون من اهلية العبارة واهلية العبارة بالعقل لان المراد بالكلام مايكون له صورة
ومعنى وكل محدث يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لايوجد الا بالعقل والتمييز لان
كلام غير المميز كالحان الطيور **قوله** مثلما جاز هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية
بل يجوز للموكل ان يوكل من فوقه كتوكيل العبد الماذون الحر او من دونه كتوكيل الحر العبد الماذون
لان التعليل بقوله لان الموكل يملك التصرف والوكيل من اهل العبارة يشمل الاوجه الثلاثة
من المثلية والفوقية والدونية **قوله** وان وكل صبيا محجورا الى اخره وعند الشافعي لايجوز
ذكر في الوجيز يشترط في الوكيل صحة العبارة وكذلك التكليف فلايصح توكيل الصبي الا في الاذن
وايصال الهدية على راي وفي العبد المحجور له قولان لان الوكيل اذا ملك التصرف بنفسه يملكه نيابة
عن غيره وبه قال مالك والا لا ولياه ذكر في الكتاب بقوله لان الصبي من اهل العبارة وبقولنا قال
احمد **قوله** لايتعلق الحقوق بهما كالقاضي والامين اشارة الى انهما لو كانا ماذونين يتعلق الحقوق
بهما لابموكلهما ولكن فيه ذكره في الذخيرة • الصبي الماذون في التجارة ان كان وكيلا بالبيع بثمن حال
او موجل لزمه العهدة وان كان وكيلا بالشرا ان كان بالشرا بثمن موجل لايلزمه العهدة قياسا واستحسانا
بل العهدة على الامر وذلك لان مايلزم من العهدة ضمان كفالة لاضمان ثمن لان الملك لايفيد للصبي من
المشتري بل يلزم مالا في ذمته استوجبه مثل ذلك على موكله وهو معنى الكفالة ولا يلزمه ضمان الكفالة
وان كان الشرا بثمن حال لايلزمه العهدة قياسا لا استحسانا ووجه الاستحسان ان مايلزمه ضمان ثمن
لانه يملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع
منه • والصبي الماذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن موجلا فانه لايملك لاحقيقة
ولاحكما لانه لايملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى • وفي الكافي فان كانا ماذونين
في التجارة لزمهما الثمن ورجعا به على الامر استحسانا ثم ذكر في جامع قاضي خان والمبسوط ان العبد المحجور
اذا اعتق يلزمه العهدة والصبي المحجور اذا اعتق يلزمه العهدة والصبي المحجور اذا بلغ لايلزمه العهدة
لان قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبا وانما لايلزمه العهدة لحق المولى وقد سقط بالعتق •
اما قول الصبي فليس بملزم في حق نفسه فلايلزمه العهدة بعد البلوغ ثم قبضهما الثمن وتسليمهما المبيع
معتبر وان لم يتعلق بهما الحقوق ويجي في فصل الشرا في الوكيل وفي المبسوط ان كان الوكيل مرتدا جاز
بيعه لانه من اهل عبارة معتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه والا
على الامر وبه قال الشافعي في وجه وعندهما العهدة عليه على كل حال وبه قال الشافعي في قول
وهو نظير قولهم في تصرفات المرتد بيعا وشراء وقد مر في السير **قوله** او مجنون **قيل** في
حاشية نسخة المصنف او محجور وفي متنها مجنون وفي بعض النسخ او عبد محجور ولهذا قال في الكافي

ثم اعلم انه صبي محجور او عبد محجور **قوله** عثر على عيب والجامع بينهما عدم الرضا **قوله**
محجور فيه يتعلق بالوكيل وعن هذا ذكر في الايضاح للوكيل ان يوكل غيره في الحقوق التي توجبها العقد
عليه ولو وكل الموكل لم يجز لان الوكيل اصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير **قوله** وقال الشافعي
يتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد وصار كالرسول بان قال لاخر كن رسولي في بيع عبدي **ولنا** ان
الوكيل هو العاقد الى اخره اي الوكيل اصل في العقد كما لو عقد لنفسه لان العقد يقوم بالكلام وصحة
الكلام باعتبار كونه ادميا عاقلا اهلا للتصرف فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له
غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نايبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق والدليل
عليه انه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم الخصم لما استغنى عن ذلك كالرسول
وكالوكيل في النكاح حتى لو اضاف النكاح الى نفسه كان العقد له دون الموكل • وفي التتمة وحقيقة
الفرق ان كل عقد يجوز ان ينتقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه كالعاقد لنفسه وكل عقد
لا يجوز ان ينتقل منه فالوكيل فيه سفير فموجب النكاح ملك البضع وهو لا يحتمل النقل وموجب
الشرا ملك الرقبة وهو يحتمل النقل منه فيجعل كان الوكيل ملكه بالشرا ثم ملكه من الموكل هذا على
طريقة الكرخي حيث يقول بان الملك يقع اولا للوكيل على سبيل الخلافة عنه وملك النكاح لا يحتمل
هذه الخلافة وملك المال يحتمل الا ترى ان يعقد العبد الملك لمولاه ويعقد المورث الملك لوارثه بعد موته
فلهذا كان الوكيل بمنزلة العاقد لنفسه في الحقوق وقال شمس الايمة السرخسي قول ابي طاهر اصح ولهذا لو
كان المشتري منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه وذكر الصدر الشهيد ان القاضي
ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى
الموكل توافق الكرخي في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم وهذا احسن وهكذا ذكر في الايضاح **قوله**
ولهذا قال اي محمد في الكتاب اي الجامع الصغير والمبسوط **قوله** والملك يثبت فيه خلافة جواب
سوال مقدر وهو ان يقال لما ثبت الملك للموكل ينبغي ان يثبت الحقوق له كما قال الشافعي فاجاب
عنه بهذا وقال نعم يثبت له ابتداء لكن بطريق الخلافة عن الوكيل لا اصالة فكان الوكيل اصلا في الحقوق
فلذا اضاف الحقوق الى الوكيل وفي المبسوط الموكل خلف عن الوكيل في حق الملك كالعبد يتهب او يصطاد يثبت
الملك للمولى ابتداء هو الصحيح وهو احتراز عن قول الكرخي وقوله كما ذكرنا **قوله** وفي مسئلة
تعيب بذكره اي في باب الوكالة بالبيع والشرا في قوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الى
اخره **قوله** لان الوكيل فيها سفير محض والسفير هو الذي يحكي عن الغير ومن حكى حكاية الغير
لا يلزم عليه حكم قول الغير كما لو حكى قذف الغير لا يكون قاذفا ومن حكى كفر الغير لا يكفر **قوله**
فصار كالرسول اي في باب البيع لان الحكم فيها اي في هذه العقود وهي النكاح وامثاله لا يقبل الانفصال
عن السبب ولهذا لم يدخل فيها خيار الشرط لانها من قبيل الاسقاطات فلا يقبل تراخي الحكم بالخيار وغيره
اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانه مسقط لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة
اذ الحرية تستدعي انتفاء ورود الملك عليها الا ان الشارع اثبت نوع ملك عليها بالنكاح تحقيقا
لمعنى النسل لذا انقل عن العلامة شمس الايمة الكردري ولان الابضاع الحرمة وكان النكاح اسقاطا
للحرمة نظرا الى الاصل وفي الكافي وانما يثبت الملك عليها ضرورة التمكن من الوطي ولهذا لا
يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير فيما وراء ذلك هو اسقاط جريا على الاصل لان الحرية تنافي
الملك **قوله** فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره
فجعلناه سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر

لم يعمل عنه اما على طريقه ابي طاهر الدباس الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل صح

السبب

السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره خلافة وقيدنا بقوله اصالة اذ السبب يصدر من الوكيل نيابة
في النكاح **قوله** من اخواته العتق اي من اخوات الضرب الثاني العتق لان الحكم فيها اي في العقود
المذكورة يثبت بالقبض وانه اي القبض يلاقي محلا مملوكا للغير وفي الايضاح وكل غيره ان يهب عبده
لفلان او يتصدق به عليه او يعيره او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امر به فهو جايز على
الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شي من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن
والقرض ممن عليه لان احكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصلا
الا انه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك فاما التصرفات التي تقوم
بالقبول ولا تتوقف على القبض فالوكيل يجب ان يكون اصيلا فيه لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك
له الا انا فصلنا بين الحكم والحقوق فاظهرنا قضية الولاية الاصلية فيما يرجع الى الحقوق وفي هذه
العقود وان كانت تقوم باللفظ لكن الحكم لا يثبت الا بالقبض والقبض يصرف في المحل ولا ملك له فيه
فلا يمكن ان يجعل اصلا بوجه ما **قوله** وكذا اذا كان من جانب الملتمس يعني لو كانت هذه الوكالة
من الملتمس لذلك بان وكله بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل
قوله وكذا الشركة والمضاربة اي الوكالة بالشركة والمضاربة يعني الوكيل فيهما يضيف العقد الى
الموكل لا الى نفسه الا ان التوكيل بالاستقراض باطل وقد ذكرنا وجهه بخلاف الرسالة فيه اي تصح
الرسالة في الاستقراض بان يقول ارسلني فلان اليك ويستقرض منك ويثبت الملك للمستقرض وفي الكافي
كان الوكيل بالاستقراض قياس الوكيل بالتكدي لان المستقرض يستلزم بدل القرض في ذمته • ولو قال بع
شيا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصح فكذا اذا قال اقرضني عشرة في ذمتك على ان يكون عوضه لي
فكان كالتوكيل بالتكدي فكان باطلا وما استقرض كان للوكيل وله ان يمنعها من الامر ولو هلك من ماله
قوله فله ان يمنعه خلافا للايمة الثلاثة لما ان الحقوق ترجع الى الموكل عندهم **قوله** فان
دفعه اي الثمن الى الموكل جاز بخلاف الوكيل في البيع الصرف فان هناك لو قبض الموكل بدل الصرف
لا يجوز لان بيع الصرف يتعلق بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول • ولو ثبت للوكيل
حق القبول وقبل الموكل لا يجوز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل لا يجوز • فاما قبض الثمن في
غير الصرف فليس بمنزلة الايجاب والقبول لما ان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه فيجوز
اليه اشار في الذخيرة ونقل من مختلف الرواية ان المشتري من الوصي لو دفع الثمن الى الصبي فللوصي
ان يرجع الى المشتري **قوله** ولو كان له اي للمشتري عليهما اي على الموكل والوكيل دين يقع المقاصة
بدين الموكل لا الوكيل لان المقاصة ابرا بعوض فيعتبر بالابرا بغير عوض ولو ابرا المشتري عن الثمن وخرج
الكلامان معا فالمشتري يبرا بابراء الامر لا بابراء المامور حتى لا يرجع الامر على المامور بشي فكذا ههنا
ولانا لو جعلنا قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضا اخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلنا قصاصا
بدين الموكل لا يحتاج الى قضا اخر فجعلنا قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة ولانا لو جعلنا قصاصا بدين
الموكل فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن بالاجماع ولو جعلنا قصاصا بدين الوكيل
اثبتنا حكما مختلفا فكان ما قلنا اولى كذا ذكره شيخ الاسلام وفي الذخيرة والتتمة ما ذكره يصح الابرا
يصير حيلة في موضعين فيما اذا كان لرجل على اخر دين ولا يوديه فيتوكل الداين عن الغير في شرا
عين من مديونه فاذا اشترى يقع المقاصة بين دين الوكيل على البايع وبين دين وجب للبايع على
الوكيل ثم الوكيل ياخذ الثمن من موكله والثاني ان يوكل رب الدين غيره بالشرا من المديون فيقع المقاصة
بين دين الموكل وبين ما وجب على الوكيل **قوله** ولكنه يضمنه اي لكن الوكيل يضمن الثمن في الفصلين

اي في فصل الابرا وفصل المقاصة ولا يقال ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي
يوجب المقاصة بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه وكله بيع فصل الثمن اليه وههنا لا يصل فاذا
خالف ينبغي ان لا يجوز هذا البيع لانا نقول وصل اليه الثمن قبل البيع لانه بالبيع صار دينه قصاصا
بدين الامر بالاجماع كذا في الذخيره • وفي المبسوط قال ابو يوسف لا يجوز ابرا الوكيل للمشتري عن
الثمن لانه تصرف في ملك الغير وبه قالت الائمة الثلاثة اذ الثمن ملك الموكل ولنا ان الابرا اسقاط
لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روا

باب الوكالة بالبيع والشرا • فصل في الشرا

لما شرع في ابواب الوكالات قدم ما هو اكثر وقوعا ثم قدم فصل الشرا على البيع لان الشرا ينبي
عن الاثبات والبيع عن الازالة والازالة بعد الاثبات او الشرا يتحقق بالموجود والمعدوم والبيع
لا يتحقق الا في الموجود **قوله** بشرا شي اي غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفه
فلا بد من تسمية جنسه كالعبد والجارية اذ العبد جنس بلسان الشرع وكذا الجارية باعتبار
اختلاف الاحكام وصفته اي نوعه كالتركي والهندي ولا خلاف فيه للفقها او جنسه اي تسميه
جنسه ومبلغ ثمنه وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روايه وقال في وجه لا يصح حتى يذكر نوعه و
قال احمد في روايه لكثرة التفاوت في الجنس وفي الصفه وعند ملك الشرط ان يكون معلوما
في الجمله **قوله** يكون ممتثلا وفيه خلاف احمد فانه يقول لا يصح هذه الوكاله العامة لانه
قد يشتري شيا لا يقدر على ثمنه وقلنا القدرة على ادا الثمن ما هو من شرط صحة العقد اذا
اشترى بنفسه فكذا في الوكاله **قوله** والاصل الى اخره في الكافي الجهالة ثلاثة انواع
فاحشه وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشرا الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكاله وان
بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ٢ ويسيره وهي جهالة النوع كالتوكيل بشرا الحمار والفرس
والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر المريسي
لا يصح الوكاله وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روايه لان التوكيل بالبيع والشرا معتبر
بنفس البيع والشرا فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه **ولنا** انه عليه السلام وكل حكيم
ابن حزام بشرا شاة للاضحية ولان مبنى الوكاله على التوسع فيحمل فيها جهالة يسيره استحسانا
اذ في اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فيسقط اعتباره ٣ وجهالة متوسطه وهي بين النوع والجنس
كالتوكيل بشرا عبد او امه او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بالجهالة اليسيره وان
لم يبين الثمن او النوع كالتركي والهندي لا يصح ويلحق بالجهالة الفاحشه لانه يمنع الامتثال وهكذا
ذكر في المباسيط والجوامع وفي المبسوط وكان بشر ياخذ بالقياس الى ان نزل به ضيف فدفع درهما
الى انسان ليأتي بالرووس المشوية فجعل يصفها فعجز عن اعلامه بالصفه فقال له اصنع ما بدا لك فذهب
الرجل واشترى وحملها الى عياله وعاد الى بشر بعد اكلها فقال له بشر ما فعلت قال قلت لي
اصنع ما بدا لك وقد بدا لي ما فعلت فرجع عن قوله واخذ بالاستحسان **قوله** يجمع اجناسا
كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق **قوله** المولد في العرب الذي ولد
في الاسلام **وقيل** العبد الذي تولد من العرب ونشا بين الاعاجم **قوله** وكذا اذا بين
الثمن وفي الفوايد الشاهيه والخبازيه هذا اذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع اما اذا وجد لا يجوز
عند بعض المشايخ لبقا الجهالة الفاحشه **قوله** والسطه اي الوسط والسطه مع الوسط كالعده
والوعد والعظه والوعظ في ان التاء عوضت في اخرها عن الواو الساقطة منها من المصدر والفعل

من حد ضرب **قوله** فالوكالة باطلة اي وان بين الثمن للجهالة الفاحشه حتى لو اشترى كان
الشرا واقعا على الوكيل وبه صرح في نسخ الجوامع **قوله** وكذا الدار اي لا يصح التوكيل بشرا
الدار مطلقا **قوله** معناه نوعه اي معنى قوله ووصف جنس وتقييده بذكر نوع الدار مخالف
لروايه المبسوط فانه قال وان سمى ثمن الدار جاز لان بتسميه الثمن صارت معلومه عاده وبقيت
جهالة يسيره مستدركه والمتاخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز الا بيان المحله **قوله**
بان قال حمارا اي صح التوكيل بشرا الحمار وان لم يبين الثمن وبه صرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما
بالتسميه وانما بقيت الجهالة في الوصف فيصح الوكالة بدون تسميه الثمن **فان قيل** الحمير
انواع منها ما يركبه العظما ومنها ما لا يصلح الا للحمل **قلنا** هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك
يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي لو امر بشرا حمار ينصرف الى ما يركب
مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز بخلاف ما لو امر الفاليزي بذلك كذا في
المبسوط **قوله** ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي طعاما قيد بالدفع لانه اذا لم يدفع الدراهم
وقال اشتر لي حنطة او شعيرا لم يجز لانه لم يبين المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات
كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيله مقصود الامر **قوله** ان العرف املك
اي اقوى وهو اي العرف على ما ذكرناه اي العرف يقع على شرا الحنطة ودقيقها في شرا الطعام وبايع
الطعام في الناس بيع الحنطه ودقيقها لا بايع الفاكهه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا
في المبسوط ولا عرف في الاكل فبقي على حقيقته و**قوله** وقيل ان كثرت الدراهم الى اخره ليس بقول
مخالف للاول بل هو داخل في الاول اليه اشار في المبسوط والذخيره حيث قال بعد ذكر ما قلنا ثم
ان قلت الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت لا يشتري الخبز لان ادخاره غير ممكن وفي الذخيره ينصرف
التوكيل الى الحنطه استحسانا ويحكم الدراهم في تعيين واحد منها فان كانت قليله بحيث لا يشترى بها الا الخبز
ينصرف الى الخبز • ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل قد اتخذ وليمه يعلم ان مراده الخبز وان كثرت
الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الامر ثم قال ما ذكره من انصراف الطعام الى الحنطه
ودقيقها عرف اهل الكوفه فان سوق الحنطة ودقيقها سوق الطعام عندهم فاما في عرف غيرهم الى الشرا
كل مطعوم حتى قال مشايخ ما ورا النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ
او المشوي ونحوه ينصرف اليه دون الحنطة ودقيقها والخبز قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى
قوله فله اي للوكيل ان يرده بالعيب ولا خلاف فيه للائمة الاربعة ولا في فيه اي في الرد بالعيب
الطالبين اي يد الموكل ولهذا كان اي الوكيل خصما **قوله** وغيره اي غير الشفيع كمن يدعي استحقاق
المبيع • وفي الذخيره لو رضي الوكيل بالعيب في هذه الصورة وابرا البايع عنه صح عندهما كما ذكرنا وعلى
قول ابي يوسف اختلف المشايخ قال عامتهم يصح ابراوه عن العيب دون الثمن والفرق ان الوكيل
بالبيع والشرا اصيل من وجه فاعتبر بجهة الاصالة في حقوق لا تضر بالموكل نحو المطالبه بتسليم المبيع
والثمن وما اشبه ذلك واعتبر بجهة النيابه في حقوق تضر بالمالك والابرا عن الثمن تضر بالمالك
لان قبل هذا كان الثمن في ذمة المشتري وبعد الابرا في ذمة الوكيل وربما يكون المشتري املا • اما
الابرا عن العيب لا تضر بالموكل لانه لا يثبت في حق الموكل بعد الابرا الا ما كان ثابتا قبل الابرا **فان
قيل** الابرا للموكل خيار الرضا بالعيب وعدم الرضا يلزم الوكيل وهذا الخيار باق بعد الابرا عن
العيب فيكون في هذا امتنزله المالك وانما كان للموكل هذا الخيار بعد رضى الوكيل بالعيب لان الثابت في
حق الحقوق عقدان تقديرا ورضى الوكيل به يوجب بطلان الرد في عقده اما لا يوجب بطلانه في عقد

الموكل وبه قالت الايمة الثلاثة ان للموكل ان لا يرضى بالعيب **قوله** لانه عقد يملكه بنفسه
فيملك التوكيل على ما مرّ في اول باب الوكالة ويرد عليه مسئلة الاستقراض فانه يملك الموكل ولا
يملك التوكيل وكذا يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه شبهه فان المسلم اليه لو باشره بنفسه
لقبول السلم يجوز ولو وكل غيره لا يجوز **قوله** ومراده التوكيل بالاسلام يعني يصح توكيل رب
السلم غيره بان يعقد عقد السلم يجوز اما لو وكله المسلم اليه بقبول المسلم فيه لا يجوز فانه لو صح ذلك
كان بيع الوكيل طعاما في ذمة نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو رب السلم وذلك لا يجوز لان
من باع ملك نفسه في الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واذا بطل التوكيل
من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك
له وما سلمه الى الامر كان قرضا عليه كذا في المبسوط **فان قيل** قد يجوز التوكيل بشي يجب في ذمة
الغير كما في الوكيل بالشرا فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فينبغي ان يجوز
فيما نحن فيه لجامع معنى الذمية فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم كالثمن **قلنا** المسلم فيه دين
له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز
ههنا الجواز ههنا • وفي الذخيرة الوكيل بقبول السلم توكيل بما لا يملك بنفسه بقضية الاصل
لان قبول السلم بيع ما ليس عند الانسان وبيع ما ليس عنده لا يملكه بنفسه فكان القياس ان لا
يجوز لو قبل الموكل بنفسه في السلم • والرخصة وردت في بيع ما ليس عنده لحاجته لا في الامر
ببيع ما ليس عنده بخلاف التوكيل بالشرا حيث يصح وان لم يكن الثمن في ملكه لان الشرا اما ليس
عند الانسان جايز على وفق القياس فكان الامر به جايزا على وفق القياس **قوله** لوجود
الافتراق من غير قبض وذكر شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد اما كان حاضرا
في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل **قوله** فيصح قبضه اي
قبض الوكيل بدل الصرف وان كان لا يتعلق به الحقوق اي وان كان الوكيل لا يتعلق به الحقوق
وان للوصل وهذا جواب سوال يرد على اصل الوكالة فان الصبي والعبد المحجور اذا توكلا
يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسليم على ما مر فكيف يتعلق ههنا بهما التسليم
والتسليم في بدل الصرف وهما وكيلان فيه حتى بطل الصرف بمفارقتهما قبل القبض فاجاب عنه
ان قبضهما صحيح وان كان لا يلزمهما الحقوق لان القبض في الصرف من تتمة صحة العقد فيصح ممن
يوجد عنه العقد **قوله** بخلاف الرسول اي في باب الصرف وفي باب السلم وفي بعض النسخ
الرسولين اي الرسول في الصرف والرسول في السلم لا الرسول من الجانبين في الصرف والسلم
لان الرسول من جانب المسلم اليه لا يجوز كالوكيل من جانبه حيث لا يصح قبضهما ويعتبر قبض المسلم
قوله فلم يصح اي لم يصح قبض الرسول **قوله** انعقدت بينهما اي بين الوكيل والموكل
مبادلة اي بيع **قوله** فيرجع عليه اي يرجع الوكيل على الموكل بالثمن وبه قال الشافعي في وجه
لما كانت اليه اي الى الوكيل • يكون اي الموكل راضيا بدفعه اي بدفع الثمن من ماله اي مال الوكيل فاذا
دفعه الوكيل بسبب امر الموكل اياه بالشرا كان الموكل راضيا ايضا برجوع الوكيل عليه بما ادى
ولم يسقط الثمن ولا خلاف فيه للايمة الثلاثة لان يده اي يد الوكيل كيد الموكل لانه امينه **قوله**
يصير الموكل قابضا اي حكما بيده اي بيد الوكيل وله اي للوكيل اي حبسه اي المبيع حتى يستوفي
الثمن سوا دفع الوكيل الثمن الى البايع او لم يدفع كذا في المبسوط وقالت الايمة الثلاثة ليس له حبسه
وعن الشافعي في وجه اذا نقد الثمن له حبسه وفي الذخيرة لم يذكر محمد في شي من الكتب اي للوكيل

حبس المبيع قبل نقد الثمن وحكى عن الامام الحلواني ان له ذلك لما ان حق الحبس لاجل يسع حكمي بين
الموكل والوكيل وفي هذا الاختلف الحكم بين النقد وعدمه **قوله** قابضا بيده اي بيد الوكيل بدليل
ان هلاكه في يد الموكل وكانه قبضه حقيقة ثم دفعه الى الوكيل فكان المقبوض امانة في يد الوكيل
وليس للامين حبس الامانة بدينه على صاحبها يشرحه ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع في يد الموكل
حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع في يده حكما وقلنا الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري فكان
له حق الحبس كالبايع ولا يسقط هذا الحق بمجرد الوقوع في يده لانه لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل
الى الحبس ما لم يقبض وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار
رضاه بتسليمه ولا يتسبب منه فيما لا يمكن التحرز عنه اليه اشار في المبسوط وهذا معنى قول الشيخ **قلنا**
هذا لا يملك التحرز عنه اي هذا القبض لا يملك التحرز لما ذكرنا انه لا يتوسل الى الحبس الا به • واما
قوله ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل حكما فقلنا ليس كذلك بل قبضه موقوف لمتردد بين ان يكون
تتميم قصد الموكل وبين ان يكون لاحياء حق نفسه فاذا حبسه تبين ان قبضه لاحياء حق نفسه فلم يكن الموكل
قابضا حكما او نقول هذا قبض لا يملك الاحتراز عنه كما ذكرنا فلا يسقط حقه للضرورة **قوله** فان
حبسه اي الوكيل فهلك في يده بعد حبسه ضمنه ضمان الرهن عند ابي يوسف حتى لو كان فيه وفاء بالثمن
يسقط والا رجع بالفضل على الموكل وضمان المبيع عند محمد وابي حنيفة قلت قيمته او كثرت وضمان الغصب
عند زفر وبه قالت الايمة الثلاثة اي يضمن بالمثل سوا كان مثل الثمن او اقل او اكثر ويظهر ثمرة الاختلاف
فيما اذا كانت قيمته عشرة مثلا والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند ابي يوسف ولا يرجع
احدهما على الاخر عند زفر وعند ابي حنيفة ومحمد ايضا ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر
يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شي عليه عند ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف **قوله** مضمونا
بالحبس بعد ان لم يكن يعني لم يكن مضمونا في الابتدا كما قال زفر وانما صار مضمونا بالحبس بخلاف المبيع فانه
مضمون في الابتدا بالثمن لا بواسطة الحبس **قوله** وههنا لا ينفسخ اصل العقد بل يبقى بين الوكيل
وبايعه فلا يكون نظير البيع **قوله** كما اذا رده اي الموكل الى الوكيل بعيب ورضي بالعيب الوكيل
فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بين الموكل والوكيل وفي المبسوط والدليل على ان هذا الحبس ليس
نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت في النصف الشايع فيما يحتمل القسمة وانما يثبت ذلك بحكم البيع فعلم
انه كالمبيع **فان قيل** لما ثبتت المبادلة الحكمية بين الوكيل والموكل ينبغي ان لا يثبت الاجل
الثابت في حق الوكيل في حق الموكل كما انه لا يثبت الاجل الثابت في حق المشتري في حق الشفيع مع انه ثبت
المبادلة الحكمية بين الشفيع والمشتري فما وجه الفرق **قلنا** ذكر في المبسوط ان الوكيل يستوجب
على الامر مثل ما وجب للبايع عليه بصفته بسبب الاجل في حقه بخلاف الشفيع فانه يتملكه بعقد
جديد سوى عقد المشتري فالاجل المذكور في عقد لا يثبت في عقد اخر وههنا الموكل انما يتملك
المبيع بذلك العقد الذي باشره الوكيل فيثبت في حقه ما يثبت في ذلك العقد **فان قيل**
لو كان مباشرة الوكيل ههنا كمباشرة الموكل لوجب ان يبرا الموكل من الثمن بابرا البايع الوكيل
عن الثمن ولم يبرا حتى يرجع الوكيل بعد الابرا على الموكل كما في الكفيل فانه لا يرجع على الاصيل بعد
الابرا **قلنا** ابرا الوكيل عن الثمن انما لا يمنعه من الرجوع لان ثبوت حق الرجوع ثبت له بالشرا
لا بالادا بخلاف الكفيل لان ثبوت حق الرجوع له بالادا او بتملكه ما في ذمته وبالابرا لا يحصل
ذلك كذا في المبسوط وفيه ولو هلك المبيع قبل حبسه تقرر الثمن على الموكل لان الوكيل في القبض
عامل للامر وللوكيل ان يرجع عليه بالثمن **فان قيل** يعني ان هلك في يد الوكيل مضمونا

حبس او لم يحبس لانهما كالبايع والمشتري والمبيع يهلك مضمونا على البايع فينبغي ان لا يرجع الوكيل
بالثمن **قلنا** الوكيل بايع في حق الحقوق ورسول في حق الملك وفعل الرسول كفعل المرسل فمن
حيث انه بايع اذا حبس يهلك مضمونا بالثمن ومن حيث انه رسول يهلك امانة اذا هلك قبل الحبس
توفيرا على الشبهين حظهما بقدر الامكان **قوله** من لحم يساوي عشرة ارطال بدرهم اي اذا كانت
عشرة ارطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة الارطال
منه لا يساوي درهما ينفذ الكل على الوكيل بالاجماع ذكره في الذخيرة **قوله** لزم الموكل عشرة
بنصف درهم **فان قيل** ينبغي ان لا يلزم العشرة عنده بنصف درهم ايضا لان هذه العشرة
ثبت ضمنا لا قصدا وهو قد وكله بشرا عشرين قصدا كما لو وكله بطلاق امراته واحدة فطلقها
ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث اذ المتضمن لم يثبت فلا يثبت المتضمن **قلنا** ذاك في
الطلاق انه لم يثبت المتضمن وهو الثلاث فلم يثبت المتضمن وهو الواحدة وفي الشرا ثبت المتضمن وهو العشرين
ثبت ما في ضمنه الا ان الوكيل خالف الموكل لكن هو مخالفة الى خير فنفذ على الموكل ولان الثمن متوزع على
اجزا المبيع فحينيذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشرا كذا في العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله
قوله وفي بعض النسخ اي نسخ القدوري **قوله** لم يذكر الخلاف في الاصل اي المبسوط حيث
قال لزم الامر عشرة بنصف درهم والباقي للمامور **قوله** فقد شرا وهاعليه اي شرا الزيادة على
الوكيل وشرا العشرة على الموكل **فان قيل** يشكل بما امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى
له هرويين بعشرة كل واحد يساوي عشرة لا ينفذ بيع واحد منهما على الموكل عند ابي حنيفة ذكره
في الذخيرة نقلا عن المنتقى **قلنا** اللحم من ذوات الامثال لانه موزون كذا اختاره محمد لا
يتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه اما الثوب من ذوات القيم
فبقي حق الموكل مجهولا لان القيمة تعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الوكيل فلا يدري ايهما يعينه
بحصته من العشرة اليه اشار في التتمة وفيه نوع تامل **قوله** فليس له ان يشتريه لنفسه
اي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشرا للموكل وفي التتمة سوا نوى عند العقد الشرا لنفسه او صرح
بانه يشتريه لنفسه وهذا اذا لم يعين الثمن فان عينه واشتراه باكثر مما سمى لزم المشتري لان هذا الشرا
غير داخل تحت الوكالة لانه خلاف الى شر فه وما لم يدخل تحت الوكالة فالحال فيه بعد الوكالة
كالحال قبلها وفي الذخيرة وضع المسئلة في العبد فقال شراوه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى
اتى به على موافقة الامر وقع الشرا للموكل نوى او ينو **قوله** ولا ان فيه اي في الشرا لنفسه عزل
نفسه فيما يوافق امر الامر اذ عزله يكون بالخلاف لا بالوفاق فلا يعمل قصده لان الوكيل لا يملك
عزل نفسه عند غيبة الموكل ولا يخرج عن الوكالة بعزل نفسه بل يخرج عنها بالخلاف وفي الذخيرة
هذا اذا لم يعين الثمن اما اذا عينه فاشتراه باكثر منه او بجنس اخر لزم المشتري لا الامر لان
هذا الشرا ما دخل تحت امره لانه خلاف الى شر فالحال فيها كالحال قبل الوكالة فيقع الشرا للوكيل
وهذا بخلاف ما لو امره بنكاح امراة بعينها بمهر معين فنكحها الوكيل لنفسه يقع عنه لا عن الامر لان
النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت الامر اذ الامر امره بنكاح مضاف اليه وقد اتى بنكاح مضاف
الى نفسه فان الوكيل بالنكاح يضيفه الى الموكل وفي الشرا مامور بالشرا مطلقا لا مضافا الى الامر فقد
اتى بما دخل تحت الوكالة فيقع لموكله **قوله** فلم يخالفا **فان قيل** يشكل بما لو وكل الوكيل
بطلاق او اعتاق لاخر فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الوكيل الاول لا يقع ذكره في الذخيرة والتتمة
قلنا ان الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لان العمل بحقيقة الوكالة متعذر لا التوكيل لبعوض

الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي والطلاق المفرد او العتاق المفرد لا يحتاج
الى الراي فلما تعذر العمل بحقيقة الوكالة جعلناها مجازا عن الرسالة لان الوكالة تتضمن معنى
الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المامور مامورا بنقل عبارة الامر اما البيع ونحوه
مما يحتاج فيه الى الراي فيعمل بحقيقة الوكالة كذا في الذخيرة • وما قيل في بعض الفوايد في جواب هذا
السوال ان الطلاق والعتاق قابل للتعليق فكان الموكل الاول جعل شرط وقوع الطلاق او العتاق عبارة
الوكيل الاول فلا يقع بعبارة الوكيل الثاني وان حضر بخلاف البيع ونحوه فانه من الاثباتات فلا يحتمل
التعليق بالشرط فلم يكن البيع معلقا بعبارة الاول بل المراد منه وجود البيع ونحوه برايه وعلمه وقد
حصل لكن هذا الجواب ينقض بمسئلتين احديهما لو وكله بطلاق امراته فابى ثم طلقها لم يقع
لان الوكالة ترتد بالرد فلو كان الوكيل بالطلاق معلقا للطلاق بعبارته لما صح الرد منه وثانيتها
لو عزل الوكيل بالطلاق يصح فلو كان هذا تعليقا بعبارته لما صح عزله ذكر المسئلتين في المبسوط
قوله وكله بشرا عبد بغير عينه قيد به لما ذكرنا انه اذا وكله بعبد بعينه لا يشتريه لنفسه حتى
لو اشتراه يقع للامر **قوله** الى دراهم الامر كان للامر وفي المبسوط وضع المسئلة في الدنانير
ثم قال **فان قيل** الشرا لا يتعلق بتلك الدنانير بعدم تعين الدراهم والدنانير في العقود
والفسوخ وكان شرا الوكيل بها وبغيرها سواء **قلنا** لا نقول يتعلق الشرا بتلك الدنانير وانما
يتقيد الوكالة بها وهما يتعينان في الوكالات ولهذا لو هلك قبل الشرا بها بطلت الوكالة فاذا تعلقت
الوكالة بها لم يكن الشرا بغيرها من موجبات الوكالة على ان الشرا قد يتعلق بالدنانير المضاف اليها
نوع تعلق ولهذا لو اشترى بالدنانير المغصوبة ونقد منها لم يطب له الفضل بخلاف ما اذا اشترى
بغيرها ونقدها **قوله** دون النقد من ماله اي من مال الموكل لان فيه اي في النقد من ماله
تفصيلا بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من مال الموكل كان الشرا للموكل وان نقد من مال
نفسه كان الشرا له • وخلافا يعني اذا اشترى بدراهم مطلقة وتصادقا على ان لم يحضره النية وقت
الشرا قال محمد العقد للوكيل وعند ابي يوسف يحكم النقد على ما يجي **قوله** وهذا بالاجماع اي
لو اضاف العقد الى مال الموكل بالاجماع وبه قال الشافعي وهو اي قوله او يشتريه بمال الموكل
مطلق غير مقيد بانه اضاف العقد الى ماله وقت الشرا او لم يضف فيحمل ذلك على هذا القيد **وقوله**
حملا لحاله اي حال الوكيل تعليل للمسئلة الاولى وهي ان يضاف العقد الى دراهم الامر يعني لما
اضافه ينبغي ان يقع العقد له لانه لو لم يقع كان واقعا للوكيل واذا وقع العقد للوكيل كان غاصبا
لدراهم الامر وهو لا يحل شرعا **وقوله** او يفعله عادة عطف على قوله يحل له يعني ان العادة جرت
بان الشرا اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع الشرا لصاحب الدراهم فلو وقع الشرا لنفسه
كان حملا لامره على خلاف العادة وهو ايضا لا يصح لان الاصل هو الوفا بالعادة **قوله**
وان تكاذبا اي في النية وفي بعض النسخ وان تكاذبا في النية بان قال الامر نويت لي وقال الوكيل
نويت لنفسي لانه اي النقد دلالة ظاهرة على ما ذكرنا من حمل امره على ما يحل او على وفق العادة
قوله يحتمل الوجهين وهو ان يقع الشرا للامر او لنفسه **قوله** مع تصادقهما يعني على انه
لم يحضره النية للامر بان نواه له ثم نسيه وفيما قلناه اي في تحكيم النقد حمل حاله اي حال
الوكيل على الصلاح وهو ان لا يكون الوكيل غاصبا على تقدير النقد من مال الامر **قوله** على هذه
الوجوه اي وفاقا وخلافا وانما ذكر هذا مع انه حكمه يستفاد من التوكيل بالشرا تبعا لقول بعض
مشايخنا حيث قالوا في مسئلة الشرا اذا تصادقا على انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا

ولا حكم النقد وانما خلاف ابي يوسف في مسئلة التوكيل بالاسلام لان للنقد تاثيرا في عقد
السلم فانه اذا لم يتقدم راس المال بطل السلم فاذا اتصل من له العقد تبين له بالنقد اما لا اثر للنقد
في عقد الشرا فلم يعتبر بالنقد من له العقد فاعتبرنا العقد عملا بمقتضيه الاصل كذا في الذخيرة
وقلنا الخلاف في الكل حملا لحاله على الصلاح كما ذكر في المتن وفرق ابو يوسف بين المامور بالحج
وبين المامور بالشرا فانه اذا اطلق النية عند الاحرام يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة لا
تتادى الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن الامر ولم يفعل فصار مخالفا • اما في المعاملات
النية ليست بشرط فلا يصير بترك النية مخالفا فبقي حكم عقده موقوفا على النقد كذا في المبسوط
قوله فالقول قول الامر هذا اذا لم يدفع الثمن فالقول له وبه قال الشافعي في وجه
واحمد في رواية وقالا في وجه اخر وفي رواية اخرى للمامور لانه امين في الشرا وان كان دفع اي
الامر اليه اي الى الوكيل فالقول للمامور ولا خلاف فيه قوله اخبر عما لا يملك اي لا يقدر
على انشايه اي انشا العقد اذ العبد ميت ومن اخبر عما لا يقدر انشاه في الحال لا يكون القول
له كما لو قال راجعت ان كانت العدة باقية يصدق لانه يملك انشاه والا فلا كذا ههنا قوله
وهو الرجوع بالثمن وانما لم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن
على الامر فكان ذكر المسبب واراد السبب وهو جايز لان الرجوع بالثمن يختص بالشرا لاجل الامر
قوله يملك استيناف الشرا اذ العبد حي والحي محل للشرا فيملك ان يشتريه في الحال للامر
فان قيل الشرا لا يتوقف بخلاف البيع ولما وقع شراوه اولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل
قلنا يمكن ان يتفاسخ الوكيل بالشرا مع بايعه ثم يشتريه لاجل الموكل قوله تبعا لذلك
اي يقبل قول الوكيل اشتريت لك عبدا ومات عندي تبعا لخروج الوكيل عن عهدة الامانة
التي هي الالف المنقودة • ولا تهمة فيه ههنا اي فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود فلم
يوجد المتبوع وهو كون الوكيل امينا فلا يوجد التبع وهو قبول قوله بطريق التبعية لخروج
الوكيل عن عهدة الامانة فلذلك لا يقبل قوله ههنا قوله ولا تهمة فيه هذا يعلل ابي حنيفة
فان الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة مع انه يملك استيناف النكاح في الحال
فكان قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي يوسف ومحمد
وكانت المسئلة متفقة مع اختلاف التخريج ويمكن ان يقع قوله لا يملك استينافه قول الكل والفرق
لابي حنيفة ان اقرار الولي بتزويج الصغيرة عند عدم الشهود فحينئذ لا يملك انشاه شرعا بدون
الشهود اما لو كان عند الشهود يقبل قوله ايضا عنده فيكون قوله مطردا في المسئلتين قوله
في حال غيبته قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك على ما مر من قوله الا بمحضر من الموكل قوله
على ما ذكرنا لابي حنيفة وهو قوله لانه موضع تهمة الى اخره وفي جامع قاضي خان وهذه المسئلة على
وجهين اما ان امره بشرا عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان كان الثمن منقودا او
غير منقود وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قايما او هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول
للوكيل في جميع الوجوه لانه يدعي خروج نفسه عن عهدة الامانة وبه قالت الايمة الثلاثة قوله
فان فلانا ياخذه اي له ولاية الاخذ لان قوله السابق اي قول المشتري السابق وهو قوله يعني هذا
العبد لفلان فلا شفعة الا انكار اللاحق لانه مناقض ولا قول للمناقض فان قيل قوله يعني لفلان
يحتمل ان يكون بشفاعة فلان كما قال محمد لو ان اجنبيا سلم سلم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك
بطل شفعته استحسانا كانه قيل سلمتها اي الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك ولهذا لو قال

الشفيع ذلك بغير سبق سوال التسليم لا يصح التسليم بوجه ما ذكرنا قوله ان بعت ثوبا لك وانما
حمل على الاسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسوال الاسقاط وما نحن فيه ليس كذلك كذا
في الفوايد الظهيرية قوله الا ان يسلمه المشتري وروي المشتري بكسر الرا وفتحها فعلى الكسر يكون
المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون الفعل الثاني محذوفا وهو اليه اي الا ان يسلم الفضولي
العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو
فلان والفاعل مضمر اي الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان وهذا الاستثنا من قوله
لم يكن له اي لم يكن له الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجزت
بعد قوله لم امره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجايز وهذا
عقد جايز نافذ على المشتري كذا في جامع شمس الايمة السرخسي قوله وعليه العهدة اي على فلان لان
العهدة اي عهدة الاخذ بتسليم الثمن قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي دال على هذا وهو ان
الضمير في وعليه راجع الى فلان وبه صرح في جامعي شمس الايمة وقاضي خان قوله وهو المعتبر
اي التراضي المعتبر في باب البيع بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وفي بيع التعاطي التراضي
تام وان لم يتلفظا بلفظ البيع والشرا وقد مر بيان الاختلاف فيه في البيوع قوله فاشترى
احدهما جاز اي اشترى بمثل القيمة او بما يتغابن الناس فيه جاز وقوله لانه توكيل بالشرا
احترازا عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة اما التوكيل بالشرا لا يحتمل
الغبن الفاحش بالاجماع وقوله وهذا كله بالاجماع احترازا عما ذكرنا بين التوكيل بالبيع وبين
التوكيل بشرا العبدين باعيانهما وهي المسئلة الثانية قوله وان اشترى باكثر لم يلزم الامر قلت
الزيادة او كثرت عند ابي حنيفة قال شيخ الاسلام قال بعض المشايخ ليس في المسئلة اختلاف
في الحقيقة فان قول ابي حنيفة محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس فيها
فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس فيها يجوز بالاتفاق لانه لا تسمية في حق هذا الواحد
كما لو وكله بشرا عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس جاز كذا ههنا
قال شيخ الاسلام والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه اطلق الجواب على قول ابي حنيفة وفصل
على قولهما قوله استحسانا قيد به اذ في القياس لا ينفذ على الامر لانه صار مخالفا والشرا متى
لا يتوقف ينفذ عليه وهو قياس قول الايمة الثلاثة وجه الاستحسان ان الامر صرح بتحصيل
العبدين بالالف والتنصيف ثابت بدلالة كلامه للمامور فاذا اشترى الباقي بما بقي فقد جاء اوان
الصريح وامكن العمل ومع امكان العمل لا معنى للعمل بالدلالة وهو انقسام الالف عليهما بطريق
الدلالة ذكره المحبوبي وهذا معنى قول الشيخ وقد حصل غرضه المصرح به الى اخره يعني لو
نظرنا الى صريح كلامه وهو تحصيل العبدين بالف ينبغي ان يلزم كلاهما على الامر ولو نظرنا الى
تقسيم الالف عليهما دلالة لا يلزم فعلنا بالصريح لانه فوق الدلالة وقلنا الشرا قد يتوقف اذا
لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشرا عبد اذا اشترى نصفه وشرا الصبي والعبد المحجور والمرتد
كذا قيل وفيه نوع تامل قوله وقال ابو يوسف ومحمد هو اي العبد لازم للامر في الوجهين وبه
قال الشافعي واحمد واصل هذا ان التوكيل بالشرا اذا اضيف الى دين على الوكيل فان كان البايع
متعينا او المبيع متعينا صح بالاجماع وان لم يكن كذلك فهو على الخلاف قوله اذا امره ان يسلم ما
عليه اي يعقد عقد السلم او يصرف ما عليه اي يعقد عقد الصرف من غير تعيين من يسلم اليه
ومن يعقد عقد الصرف بان قال اسلم او اصرف ما لي عليك في كذا كان على الخلاف اما لو قال اسلم

مالي عليك الى فلان يصح بالاجماع وانما خصها نفيا لوهم من يتوهم فانه لا يجوز التوكيل فيهما لاشتراط
القبض في المجلس **قوله** فصار الاطلاق بان قال بالف ولم يضفه الى ما عليه والتقييد بالاضافة
الى ما عليه سوآء وصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين فانه يجوز وكذا لو اجر حماما او
دابة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او بان يشتري بالاجرة عبدا يسوق الدابة وينفق عليها
فصار هذا كما لو كان البايع او المبيع معينا ولابي حنيفة ان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين
والامر بنفسه لا يملك ذلك فكذا لا يملك الامر به بخلاف ما لو عين البايع او المبيع فان البايع
متعين وكيلا عن الامر بقبض الدين لانه معلوم فيكون تمليك العين اذ البايع يصير قابضا للمال
الدين ثم يصير قابضا لنفسه ومتى ابهم البايع او المبيع يكون البايع مجهولا والمجهول لا يكون وكيلا
كما لو قال ادفع مالي عليك من الدين الى من شئت او قال القه في البحر كان باطلا. واما مسئلة
التصدق وان كان مجهولا فانه انما ينتصب وكيلا عن الله تعالى في قبض حقه والله تعالى عليم محيط
بكل شيء فيكون الفقير الذي قبضه معلوما له تعالى. واما مسئلة الحمام ونحوها قيل ذلك قولهما ولين
كان قول الكل فانما جاز ما اعتبار الضرورة لان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فجعلنا الحمام قايما
مقام الاجر في القبض. واما مسئلة التصادق **قلنا** ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشرا
عينا او دينا ولكن يتعين في الوكالات فلما لم يتعين في الشرا لم يبطل الشرا ببطلان الدين كذا ذكر
المحبوبي والمرغيناني وقاضي خان **قوله** انها اي الدراهم والدنانير يتعين في الوكالات
قال شيخ الاسلام يتعين بعد القبض اما قبل القبض لا يتعين بلا خلاف ذكره محمد في الزيادات كذا
في الذخيرة **قوله** ثم استهلك اي الامر او الوكيل وقيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان
الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضي خان في فتاواه او اسقط اي الموكل الدين بابراه
عن الدين بعد التوكيل بشرا العبد به بطلت الوكالة **فان قيل** ينبغي ان لا تبطل الوكالة لانها
لما لم تصح مضافة الى هذا بسبب انه تمليك الدين من غير من عليه الدين بقيت الوكالة مطلقة
قلنا الوكالة ما صدرت مطلقة بل مقيدة بهذه الدراهم لان الولاية انما تستفاد من
الامر والامر قيد الوكالة بهذه الدراهم التي هي دين ثم تبطل الوكالة اصلا ببطلان الدين
قوله الا ما قبض قبله اي قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادى
المديون الى رب الدين او البايع ملك المديون فكان امره للوكيل بالدفع الى البايع امرا بما لا
يملكه ولا يصح اليه اشار في المبسوط **قوله** بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا بقبضه فيجوز كما
ذكرنا **فان قيل** فعلى هذا لو اشترى شيئا بدين على اخر ينبغي ان يجوز وحيث لا يجوز وان امكن ان
يجعل البايع وكيلا في القبض لكونه معينا **قلنا** عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اذا
اليمين على الغير ولان البايع لو صار وكيلا بالقبض فانما يصير في ضمن المبايعة فلا بد ان يسبق المتضمن
بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل يثبت بامر الامر وانه يسبق الشرا **قوله** فالقول قول المامور ولا
خلاف فيه للائمة الاربعة **قوله** لانه يخالف اي الى شر لان المامور بشرا امة تساوي الفا لا
يملك شرا امة تساوي خمسماية فتلزم الامة المامور ويضمن الالف **قوله** فللمخالفة لانه امره
ان يشتري جارية تساوي الفا وقد خالف الى شر فيلزم المامور **قوله** معناه يتحالفان وانما ذكر
هذا لدفع شبهة ذكرها في بعض شروح الجامع الصغير وهي **فان قيل** لما كانت الجارية تساوي
الالف ينبغي ان يلزم الامر سواء قال الوكيل اشتريتها بالف او باقل لانه وافق امر الامر وكذا لو قال
اشتريتها بخمسماية لانه خلاف الى خير **قلنا** المراد بقوله القول للامر انهما يتحالفان لانهما نزلا

ربه
منزلة البايع والمشتري وقد اختلفا في مقدار الثمن وهو يوجب التحالف فاذا احلفا كانت الجارية
للمامور لان بعد التحالف يفسخ العقد الذي جرى بين الامر والمامور كذا في جامع قاضي
خان وصدر الاسلام وغيرهما وقال الشافعي في قول واحمد في رواية القول للامر وان كانت
تساوي الفا اذا لم يعين الالف وان عين بان قال اشترها بالف فالقول للمامور بلا تحالف وقال
في قول ورواية القول للمامور في الصورتين وقد مر فالقول للمامور مع يمينه وبه قال الائمة
الثلاثة **قوله** قيل لا يتحالف وهو قول ابي جعفر الهندواني لارتفاع الخلاف بتصادق البايع
والوكيل فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء عقد ولو انشا العقد لم يلزم الجارية للامر فكذا هنا وانما اوجبنا
التحالف فيما سبق ثم يرد الامة على المامور لان البايع ثمة غايب فاعتبر الاختلاف وههنا حاضر
قوله وقيل يتحالفان وهو قول ابي منصور الماتريدي لما ذكرنا انهما نزلا منزلة البايع والمشتري
وقد ذكر ابي محمد معظم يمين التحالف يمين البايع والمامور لانه بايع بعد برا في حق الموكل وانما قلنا
ان يمين البايع معظم يمين التحالف لان البايع وهو المامور هنا مدعي ولا يمين عليه الا في صورة التحالف
واما المشتري وهو الموكل هنا منكر واليمين على المنكر على كل حال فلما كان يمين الوكيل هو المختص في
التحالف كان يمينه اعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المامور كان واجبا على المشتري المنكر وهو
الامر اولى وهو معنى التحالف وذكر فخر الاسلام في جامعه لولا ان المراد هو التحالف للزمت الجارية
الامر لان الامر اذا حلف صار الشرا بخمسماية والجارية تساوي الفا وانها يلزم الامر فثبت بهذا
انه اراد بقوله ويلزم الجارية المامور انهما يتحالفان فاذا تحالفا نقض ملك الامر ولزمت الجارية
المامور **قوله** والبايع بعد استيفاء الثمن الى اخره جواب عن قول ابي جعفر انه ارتفع الخلاف
بتصادقهما فقال بعد استيفاء الثمن صار اجنبيا ولم يبق له معهما شغل وقبله اي استيفاء الثمن
اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين الموكل والبايع من الوكيل بيع فلا يصدق اي البايع عليه اي
على الموكل فبقي الخلاف اي بين الامر والمامور وهو اظهر اي قول ابي منصور اظهر اي اصح وفي الكافي
هو الصحيح وفي جامع قاضي خان قول ابي جعفر اصح وقال الامام المحبوبي في جامعه بعد هذا هذا
اذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل امرتني بالشرا بالف وقال الامر بخمسماية
فالقول للامر وبه قالت الائمة الثلاثة ويلزم العبد الوكيل دون الامر لان الامر يستفاد من جهته
وكان القول له ولو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات والله سبحانه اعلم

فصل لما ذكر مسايل التوكيل بالشرا الحق التوكيل بشرا العبد نفسه لانه
توكيل بالشرا صورة واعتاق معنى وفصله بفصل على حدة لمخالفته التوكيل بالشرا معنى والالف
واللام في قوله والتوكيل بشرا نفس العبد بدل الاضافة اي اضافة المصدر الى الفاعل وهو العبد
بالنظر الى المسئلة الاولى اي توكيل العبد الاجنبي بشرا نفسه والاجنبي بالنظر الى المسئلة الثانية
اي توكيل الاجنبي بشرا نفسه **قوله** فان قال الرجل اي الوكيل اشتريته اي العبد لنفسه
اي نفس العبد والمامور سفير عنه اي عن العبد يعني بمنزلة ان العبد جعله رسولا ولا عهدة على
الرسول في البيع **قوله** وان لم يعين للمولى اي لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد **قوله**
لان اللفظ اي قوله اشتريت عبدك بكذا موضع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وامكن العمل بها
اي بحقيقة اللفظ اذ لم يبين اي اذ لم يقل اشتريت عبدك لاجل عبدك فيحافظ عليها اي على المعاوضة
بخلاف شرا العبد نفسه حيث يحمل للاعتاق لتعذر العمل بالمعاوضة فانه ليس باهل ان يملك مالا فجعل
مجازا عن الاعتاق او نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك ثم يعتق لانه ادمي في حق نفسه حتى وجب

الحد والقصاص عليه باقراره والمال غيرا لادمي حلق لمصالح الادمي فلم يمكن العمل بالمعاوضة فيجعل
مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع مزيل الملك بعوض على اجر والاعتاق مزيله لا
الى اجر قوله واذا كان اي شرا الوكيل العبد من غير تعيين للمولى معاوضة بسب الملك للمامور
وقوله ثمنا نصب على التمييز فانه اي الثمن في ذمة المشتري وهو المامور وقوله وعلى المشتري
الف مثله ظاهر فيما اذا وقع الشرا للمامور واما اذا وقع الشرا للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على
العبد الف اخرى ذكر في جامع قاضي خان لم يذكره في الكتاب ولكن يجب عليه الف اخرى لان الاول
مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قوله بخلاف التوكيل بشرا العبد من غيره اي من غير العبد
بان وكل اجنبي اجنبيا اخر بشرا العبد من مولاه فانه يصير مشتريا للامر سوا اعلم الوكيل البايع انه
اشتراه لغيره او لم يعلم فان قوله اشتريته كاف فيه لان العقد هناك على نمط واحد اي في حق
البايع لان البايع في كلا الوجهين يطالب الثمن من المشتري اذ المطالبة تتوجه على الوكيل في الوجهين
فلا يحتاج الى البيان والنمط النوع والطريقة ايضا اما ههنا اي في صورة توكيل العبد لشرا نفسه
قوله والمولى عساه لا يرضاه وحق الكلام ان يقول عساه ان لا يرضى لان قوله لا يرضاه
في محل النصب بعسى ولكن منصوب عسى في معنى قرب كل واحد منهما مشروط ان يكون ان مع الفعل
المضارع كما في قوله تعالى فعسى الله ان ياتي بالفتح وقوله وعسى ان تكرهوا شيا وذكر ضمير الغايب
مقام الظاهر احد المذاهب الثلاثة للفرق فانهم يقولون عساه ان يفعل لما عرف في المفصل
قوله لا يرضاه اي لا يرضى المولى الاعتاق لانه لو عتق والمولى لا يعلم به يلزم المولى ضرر لم
يرض المولى به لان ولاه يكون لمولاه فموجب جنايته يكون ايضا عليه بحكم الولا فتعذر تنفيذه
على المولى وامكن تنفيذه على الوكيل اذا اطلق الشرا لان الشرا اذا وجد نفاذا على العاقد ينفذ
عليه واذا انفذ عليه يجب الثمن عليه • ولو بين للمولى انه يشتريه لنفسه لكن اضاف الشرا الى نفسه
ذكر محمد في كتاب الوكالة ان العبد يعتق والثمن على العبد لا الوكيل • وذكر في وكالة الماذون ان
العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في الجامع الكبير وجب الثمن على الوكيل والوكيل يرجع به على
العبد • وجه رواية الجامع ان توكله بشرا العبد للعبد كتوكله بشرا العبد لغير العبد وهناك
يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا هذا • وعن عيسى بن ابان الصحيح ان الثمن على العبد لان
الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر وليس من
قبض المعقود عليه شي فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل الا ترى ان المولى لو كان هو الذي
امر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بالف الى العطا فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والالف
على العبد الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره المحبوبي
قوله لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا نفسه وبه قال الشافعي في قول ومالك واحمد
وقال الشافعي في قول لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل لان يد العبد كيد سيده فصار كما لو وكله بشرا
نفسه من نفسه لانه اي العبد اجنبي عن ماليته ولهذا لو اقر بماليته لغيره لا يصح وجواز الشرا
باعتبار الماليه وماليته محل صالح للتمليك فيصح التوكيل ويجب الثمن على العبد لانه عاقد ويرجع على
الامر والعبد المحجور اذا توكل عن غيره بالشرا لا يرجع الحقوق اليه الا انه زال الحجر هنا بالعقد
الذي باشره مقترنا باذن المولى وقال شمس الايمة صحة توكيله باعتبار انه مخاطب وله عبارة ملزمة
كالحر وانما يصلح الحر وكيلا بالشرا باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذا العبد • وانما قيد بقوله بعني
نفسي لفلان فباعه مولاه ليكون البيع للعبد فيعتق حالا غير العبد اذا توكل بشرا به ولم يقل بعني لفلان

فباعه

فباعه منه يصير الوكيل مشتريا لفلان في الصورتين لا لنفسه لان الوكيل اذا كان اجنبيا فلا فرق
بين شرايه لنفسه وبين شرايه لغيره في حق البايع اما لو كان الوكيل هو العبد فشراوه لغيره في
حق البايع بيع وشراوه لنفسه في حق البايع اعتاق فاذا كان كذلك فاذا اطلق العبد الشرا ولم
يقل بعني لفلان يحتمل ان يكون بيعا ويحتمل ان يكون اعتاقا فلا يكون امتثالا بالشك فشرطت الاضافة
الى الموكل ولانه لما احتملهما يحمل الاطلاق على شرا نفسه لنفسه اذ الظاهر ان العبد يشتري نفسه
لنفسه فيحمل على الظاهر بخلاف الاجنبي فانه شرا في الصورتين فلما وقع شرا يكون امتثالا او يقول
عند الاطلاق يجب ان يكون اعتاقا لان المولى اذا باع نفسه منه انما يبيع ليكون الولاء له وعلى
تقدير وقوعه شرا يكون الملك للموكل فيفوت هذا الغرض كذا في شرح الجامع فان قيل عند
الاطلاق ينبغي ان يقع الشرا للموكل لان الكلام حقيقته في الاصل ولو وقع الشرا للعبد يكون
الشرا مجازا عن الاعتاق والمجاز لا يعارض الحقيقه قلنا عارض جهة الحقيقة جهة اصالة
اخرى وهي ان الاصل ان تصرف الانسان ان يقع لنفسه فرجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البايع
ظاهرا وهو ان لا يفوت ولا العبد منه وفيه نوع تامل وقيل لما وقع التعارض بين الاصلين
رجحنا جانب الاعتاق لانه مندوب اليه والمعارضة مباحة وفيه نوع تامل • وفي الفوايد الظهيرية
فان قيل العبد هنا وكيل بشرا شي بعينه لا يملك الشرا لنفسه خصوصا في فصل الاطلاق اولى
ان لا يقع لنفسه قلنا هذا هكذا اذا لم يتنوع التصرف بان كل واحد منهما شرا اما ههنا
في حق العبد اعتاق وفي حق الوكيل شرا ولهذا لو باع نفس العبد من العبد ومن اجنبي بطل البيع
من الاجنبي لكونه جمعا بين البيع والاعتاق والسح قوله والعبد وان كان وكيلا بشرا نفسه
الى اخره اشار الى جواب هذه الشبهة وقوله الا ان ماليته في يده استثنا عن قوله لانه
اجنبي عن ماليته حتى لا يملك البايع الحبس بعد البيع لاستيفا الثمن لان ماليته في يده لكونه ماذونا
له كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبايع حبسه لاستيفا الثمن ثم الموجود من العبد
يتقدر بالاضافة الى الموكل انما يفيد الملك للموكل اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد
حتى لو قال العبد بعني نفسي لفلان فقال بعت انما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت اما لو وقع
الشرا للعبد يتم العقد بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي كذا في الجامع بنا على ان
الواحد يتولى طرفي الاعتاق على مال اذا كان المال مقدرا ولا يتولى طرفي البيع وان كان المال مقدرا
وفي الكتاب اشارة الى انه يتم بقول المولى بعت لانه قال فيفعل كذا في الفوايد الظهيرية وذكر
التمرتاشي مثله قوله وفي مثله ينفذ على الوكيل لما ذكرنا في مسلة الوكيل بشرا شي بعينه اذا
خالف في اليمين لا الى خير او خالف الى جنس اخر غير الذي سماه الموكل يقع الشرا لنفسه لا للموكل

فصل في البيع

لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشرا وهو للاثبات شرع
في بيان احكام التوكيل بالبيع وهو للازالة لما ان الازالة بعد الاثبات وجودا اما النظر الى كونه
اثباتا وفيه نوع تامل قوله ومن لا تقبل شهادته له من اقاربه عند ابي حنيفة وبه قال
الشافعي في قول واحمد في وجه وقالا اي ابو يوسف ومحمد يجوز بيعه منهم اي من الاقارب الذي لا تقبل
شهادته لهم بمثل القيمة وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد وقوله الا من عبده ومكاتبه
فانه لا يجوز عندهما ايضا لان البيع الى هو لا كالبيع من نفسه فلا يجوز • وقيد في المبسوط بقوله الا من
عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه وكان فيه اشارة الى انه
اذا كان عليه دين يجوز في بعض المسائل • ثم للوكيل بالبيع لا يجوز ان يبيعه من نفسه عندنا وعند الشافعي

واحد في ظاهر مذهبه وعن احمد في روايه يجوز وبه قال ملك والاوزاعي اذا لم يحابي لعدم التهمه وقلنا لو جاز يودي الى تضاد الاحكام فانه يكون مستزيدا او مستنقصا قابضا ومخاصما في العيب ومخاصما وفيه من التضاد ما لا يخفى • وفي المبسوط المراد من عدم الجواز في البيع الى هولا عند ابي حنيفه في مطلق الوكاله اما لو قيد الوكاله بتعميم المشيه بان قال بع ممن شيت يجوز بيعه من هولا بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قيد بتعميم المشيه لما ذكرنا انه يودي الى التضاد **فان قيل** يشكل على ابي حنيفه بيع المضارب من هولا بمثل القيمه حيث يجوز سوا ظهر الربح او لا والمضارب فيما ظهر الربح وكيل ذكره في مضاربة المبسوط **قلنا** قال بعض مشايخنا عدم الجواز عنده مطلقا على ما اذا باعه بالغبن اما البيع بمثل القيمه فجايز في الفصلين اي الوكاله والمضاربة وبعضهم قالوا لا يجوز في الوكاله ويجوز في المضاربه بمثل القيمه من هولا والفرق ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى انه لا يجوز نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمه في البيع بمثل القيمه من هولا لانه ايثار في العين دون الماليه وفي العين هو كالمتصرف لنفسه بخلاف البيع بالغبن لانه ايثار في شي من الماليه وهو في ذلك نايب محض اما الوكيل فنايب في العين والماليه جميعا فلا يجوز بيعه من هولا بمثل القيمة للتهمة • وحاصله ان المضارب اعم تصرفا فانه قد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نايبا محضا فلشبهه بالمستبد بالتصرف جوزنا بيعه من هولا بمثل القيمة ولشبهه بالنايب لا يجوز بيعه من هولا بغبن يسير اما الوكيل نايب محض فيكون متهما في تصرفه كذا في المبسوط • وتخصيص قولهما بمثل القيمه اشاره الى انه لا يجوز بغبن يسير والا لم يكن للتخصيص بمثل القيمه فايده ولكن ذكر في الذخيره انه يجوز بيعه من هولا بالغبن اليسير لان اليسير ملحق بالقيمه وقال فيها لو باع من هولا باكثر من القيمه يجوز بلا خلاف وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف وبالغبن اليسير يجوز عندهما ولا يجوز عنده وبمثل القيمة عن ابي حنيفه روايتان في رواية الوكاله والبيوع لا يجوز وفي روايه المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراوه منهم باقل من القيمه لا يجوز بلا خلاف وباكثر من القيمه يجوز بلا خلاف وبمثل القيمه يجوز عندهما وكذا عند ابي حنيفه باتفاق الروايات فابو حنيفه فرق بين المضارب والوكيل وقد ذكرناه **قوله** ولا تهمة اي في البيع بمثل القيمه نفي التهمة من حيث الماليه وقوله والاملاك متباينه والمنافع منقطعه لم يكن الوكيل منتفعا بذلك العين فلا يورث التهمة ولما انتفت التهمه في بيعه بمثل القيمه من حيث ايثار العين ومن حيث الماليه يجوز كالبيع من الاجنبي والدليل على تباين الاملاك حل وطي الابن جاريته ولو لم يملكه متباينا عن ملك ابيه لما حل كوطي جارية مشتركه ولا يحل له وطي جاريه ابيه لتباين ملك ابيه عن ملكه **قوله** ولهذا لا تقبل الشهادة اي فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال الاخر فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه وفي البيع اخراج وادخال من الجانبين وفي البيع من هولا اخراج الى نفسه من وجه فلا يجوز واما قولهما ان الاملاك متباينه **قلنا** قدر ذلك التباين لما لم يوثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك القدر وجوده كعدمه في مواضع التهمه **قوله** والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان شرعيه الاجارة مخالف للقياس لانه بيع معدوم [illegible] انتفا شرعيتها مع هولا وكذا عقد الصرف على شرايط كان يجب ان لا يجوز مع هولا فبين انهما على الاختلاف كذا قيل والسلم على هذا الاختلاف ايضا • وفي الكافي ولو اشترى من هولا عينا بثمن معلوم واراد بيعه مرابحه لم يجز بلا بيان عنده خلافا لهما بنا على هذا الاصل **قوله** والوكيل بالبيع

الى قوله عند ابي حنيفة لقب هذه المسله الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عز وهان وباي ثمن كان واي اجل كان متعارفا وغير متعارف وقالا لا يجوز الا بغبن يسير وبالدراهم والدنانير وبالاجل المتعارف وقال الشافعي ومالك واحمد بثمن المثل وبنقد البلد فان كان النقود مختلفه يعتبر الاغلب ولا يبيع الا حالا لان المطلق يتقيد بالمتعارف الغالب وهو البيع حالا وبنقد البلد وان استويا باع بما هو انفع للموكل وان استويا تخير على المشهور وقال صاحب التهذيب يحتمل ان لا يصح التوكيل ما لم يبين كما لو باع وفي البلد نقدان مستويان لا يصح حتى يقيد باحدهما كذا في شرح الوجيز وفي الذخيرة اذا باع باجل متعارف فيما بين الناس في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة وما اشبه ذلك فعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز • ثم قال انما يجوز البيع بالنسيه اذا لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد اما اذا كان لا يجوز وذلك نحو ان يقول بعه واقض ديني او قال بعه فان الغرما يلازمونني او قال بعه فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق **قوله** يتقيد بشرا الفحم وفي بعض النسخ اللحم ولكن الفحم اليق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة اللحم والجمد بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الما فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان وفي فتاوى قاضي خان وكله بشرا الاضحيه والفحم والجمد يتقيد بشرا الاضحيه في تلك السنه لا السنة الثانيه وكذا شرا الجمد يتقيد بايام الصيف في تلك السنة لا السنة الثانية **وقيل** هذا قولهما اما على قول ابي حنيفة لا يتقيد لانه يعتبر الاطلاق اللفظ ولو وكله بشرا اللحم يدخل لحم الضان والابل والبقر **وقيل** ان كان الامر غريبا ينصرف الى المطبوخ ولا يدخل الكرش والبطون والاكباد والروس والاكارع ولحم القديد ولحم الطيور والوحوش وكذا لا يدخل الشاه حيا او مذبوحه غير مسلوخه ولو اشترى مسلوخه يلزم الامر الا ان يكون المدفوع قليلا وفي الايضاح فاللحم يقع على لحم الضان والمعز وما يشترى ويدخل لحم البقر والابل اذا جرت العادة بذلك ولا يدخل اللحم القديد لانه لا يباع في الاسواق عاده وعند الايمة الثلاثه يقع على ما يباع في العاده في الكل **قوله** وهبه من وجه الا ترى انه المريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث والاب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا المقارضه اي البيع بالعرض بيع من وجه شرا من وجه وهو وكيل بالبيع لا بالشرا **قوله** وله اي لابي حنيفة انه مامور بالبيع المطلق وقد اتى به حال من التهمة وهذا لان البيع مبادلة مال بمال وذا موجود في البيع بالعرض كما في البيع بالنقد وتضمنه الشرا لا يخرج من كونه بيعا مطلقا لان تضمن الشرا في جانب العرض لا في جانب المبيع وامره كان باعتبار المبيع والعقد فيه مطلق وكذا البيع بالغبن الفاحش بيع من كل وجه فما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن ولهذا يستحق الكل بالشفعه والشفعه في الهبة لا تثبت • ولهذا لو حلف لا يبيع فباع بالغبن الفاحش يحنث وكما يراعى العرف في الوكالات يراعى في الايمان ثم جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين فكذا في الوكالة **فان قيل** لا يلزم من جريان العرف في اليمين جريانه في الوكاله فانه لو حلف لا ياكل لحما فاكل اللحم القديد يحنث وفي الشرا لا يقع من الامر فعلم ان العرف قد يختلف بين اليمين والوكالة **قلنا** الوكيل بشرا اللحم يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع اما الاكل متعارف في الكل واجاب في الاسرار عما تمسكا بمحاباة المريض ان المحاباه لا تعتبر هبه بشي من المبيع الذي يعلو الامر به بل يعتبر بالثمن الا ترى انه لو حابا ومات ولا يخرج من الثلث قيل للمشتري اما ان تزيد الى الثلث واما ان ترده ولا يلزمه رد المبيع حتما والاب والوصي مامور ان بيع بصفه النظر لا بمطلق البيع و **قوله** والبيع بالغبن

حدها
او الغبن الى اخره جواب عن قولهما فلما كان متعارفا كان العرف مشتركا فلا يصلح حجة لا
في المبسوط العرف مشترك فقد يبيع الشي بالغبن الفاحش للتبرم منه وفي هذا الاسالي بقله الثمن وكثره
وقد يبيعه للاسترباح قصدًا فعند الاطلاق لا يترجح احد المقصودين من غير دليل **قوله**
والمسايل ممنوعة يعني هذه المسايل مروية عن ابي يوسف فاما عند ابي حنيفه معتبر الاطلاق
ولين سلم فهذا مطلق في حق الوقت لا عام فلا يتناول الا واحدا وقد صار المعارف مراد افلم
يبق غيره مرادا فاما هذا عام **قوله** والمقايضه شرا من كل وجه وبيع من كل وجه جواب
عن قولهما ايضا **فان قيل** من المحال ان يوصف الشي الواحد بصفه وبضدها في حالة
واحدة **قلنا** انما كان محالا اذا كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة
الى عوض نفسه وشرا بالنسبة الى عرض صاحبه ولا يقال يدخول البا تعين الثمنيه لان البا تدخل
الاثمان لانا نقول هذا في المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير اذ الدراهم والدنانير
تعينان للثمنيه حلت البا عليهما او لا اما المكيلات والموزونات اذا كانت غير متعينه تتعين للثمنية
تواد حلت البا على احدهما او لا اليه اشار في الذخيره **فان قيل** لو كان بيع المقايضه شرا من
كل وجه فمن اي وجه رجح ابو حنيفه جانب البيع **قلنا** ذكر في المبسوط جانب البيع يرجح على
جانب الشرا في البيع بالعرض الا ترى ان احد المضاربين اذا اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا
لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيا من مال المضاربة توقف على اجازه صاحبه فانه باعه
بعرض يتوقف ايضا حتى لو اجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربه والشرا لا يتوقف ولانه بالنسبة
ذاته مبيع وتصرف الوكيل يقع بالنسبة الى ذاته **قوله** ولا يجوز بما لا يتغابن في مثله اي
بالغبن الفاحش ولا خلاف فيه للايمة الاربعة **قوله** لان التهمه فيه اي في هذا الشرا متحققه
كما ذكر في المتن والتهمه معتبرة في باب الوكالة الا ترى ان الوكيل بالبيع لا يبيع من ابيه او ابنه
للتهمه وفي المبسوط والفرق لابي حنيفة ان الشرا يوجب الثمن في ذمة الوكيل ويوجب
لنفسه مثله في ذمه الامر والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان يلزم الامر بالثمن ما لم
يدخل في ملكه بازايه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن
لم يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن فهلك كان القول قوله
ولان الامر بالشرا يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولايه مطلقه في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق
امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولايه مطلقه ولان اعتبار
العموم والاطلاق غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك له ان يشتري ذلك المتاع بجميع ما يملكه الامر
وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشرا بالنقد
بغبن يسير وفي جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يسلط به على شي من ماله سوى
المبيع الذي رضي ببيعه **قوله** قالوا ينفذ الشرا على الامر وان كان بغبن فاحش لعدم التهمه اذ
لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه على ما مر من قوله قالوا يحتمل ان يريد به عامة المشايخ فانه
ذكر في الذخيره اما الوكيل بشرا شي بعينه فلا نص فيه وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
يتحمل فيه اليسير دون الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا **قوله** لانه اي الوكيل
مطلق العقد اي لا يضيفه الى الامر فيقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان **قوله** وقيل في العروض
الى اخره هذا بيان الغبن اليسير فكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمن قوله ما لا يدخل تحت تقويم
المقومين يعني اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل كان ما يدخل تحت تقويمهم يسيرا وانما وقع التفاوت

لان التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار فما وقعت المعامله فيه كثيره كانت التجربه
فيها اوقع فيما يرجع الى الغبن والربح وكان التاجر بحالها اعرف فيقل الغبن فيها كذلك وفي الحيوان
بين الامرين وكل ما كثر التصرف قل الغبن وكل ما قل التصرف كثر الغبن لقله الممارسه وفي الذخيره
قال شيخ الاسلام في جامعه تكلموا في الحد الفاصل بين اليسير والفاحش والصحيح عن محمد في النوادر در
كل ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل فهو فاحش ثم قال شيخ الاسلام هذا
التحديد فيما لم يكن له قيمه معلومه في البلده كالعبيد والدواب وغيرهم فاما ما له قيمه
معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشرا لا ينفذ على الموكل وان كانت الزيادة قليلا
كالفلس ونحوه لان هذا انما لا يدخل تحت تقويم المقومين وانما يدخل تحت تقويمهم ما يحتاج فيه الى
تقويمهم وههنا لا يحتاج فلا يدخل **قوله** وكله ببيع عبده اي مطلقا وانما وضع المسله في
العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر
كالحنطه والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح لانه ليس في تفريقه ضرر اذا باع الكل بثمن
النصف يجوز عنده اي عند ابي حنيفة • قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لانه غبن فاحش •
فان قيل انما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركه اما في بيع النصف بنصف الثمن
يلزم الشركه وهي عيب في الاعيان فكان هذا مخالفه الى الشرا لا الاولى **قلنا** ضرر الشركه
اهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لان يجوز هذا وهو اهون اولى ولهذا
قال الشافعي **قوله** وهذا اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الاخر قبل الخصومة
استحسان عندهما اذ القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف **قوله** فالشرا موقوف
اي بالاتفاق وبه قال الشافعي في قول واحمد في روايه ومالك في قول وروايه لا ينفذ على الامر
لانه يخالف ثم عند ابي يوسف اذا اعتقه الامر جاز والاعتاق اجازه منه ولو اعتقه الوكيل
لم يجز وعند محمد لو اعتقه الوكيل جاز ولو اعتقه الموكل لم يجز لانه خالف فيما امر به والتوقف
عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري باقيه فيرتفع الخلاف فقبل شرا الباقي
يكون مخالفا فلا ينفذ اعتاق الامر كذا في الايضاح **قوله** على ما مر اشارة الى قوله لان التهمه
فيه متحققه الى اخره وفي المبسوط توضيح الفرق على قوله ان صحه الامر بالشرا بتسميه العبد
ونصف العبد ليس بعبد فلا يصير ممتثلا امر الامر الا ان يشتري ما بقي قبل الخصومه فاما في
جانب البايع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين وذلك موجود في العين فيعتبر فيه الطلاقه فلما
اعتبر اطلاق امره في بيع العبد يملك الوكيل بيع كله وبعضه لان الاطلاق تمنا ولهما بخلاف
الامر بشرا العبد حيث لم يعتبر في اطلاق الامر لما دفته ملك الغير فيتقيد بالمتعارف والمتعارف
فيه شرا العبد جمله واما وجوب الثمن في ذمة المشتري فذلك يقع في البياعات فلم يعتبر اطلاق
امره بسبب الثمن في الشرا لان الثمن تابع وليس بمقصود في البياعات على ما عرف ولو وكله بالشرا
فاشترى بكيلي ووزني في الذمة لا ينفذ على الامر لان الامر بالشرا يتقيد بالمتعارف وهو الشرا
بالاثمان المطلقه وهي الدراهم والدنانير وبه قالت الايمه الثلاثه وقال زفر ينفذ على الامر لانه
شرا من كل وجه • ولو وكله بشرا امة وسمى جنسها وثمنها فاشترى شلا او عميا نفذ على الامر عند
ابي حنيفه وعندهما لا وبه قالت الايمه الثلاثه لان شرا العميا والشلا غير متعارف وله ان العرف
مشترك فقد يشتري العميا ترحما عليها وطلبا لرضا الله تعالى • ولو وكله بشرا هذا العبد بخمسمايه
فاشتراه واخر بضعفه يكون مخالفا ويضمن ما دفعه الامر وعندهما نفذ على الامر لانه لما اشتراهما

بالف وقيمتها سوا انقسم الثمن على قيمتها نصفين فيكون مشتريا للعبد المامور بخمسمايه وهو قياس قول
الايمه الثلاثه • وله ان القيمه تعرف بالحزر والظن فلم تحسب الموافقه بعين فلا تعتد على الامر لوقوع
الشك في الامتثال • ولو امره بالنكاح ولم يسم مهرا فزوجه بمهر فيه غبن فاحش جاز عنده لاطلاق
الامر ولم تجعله كالوكيل بالشرا حتى تتقيد بالعرف لان في الشرا بالاكثر تهمة كما ذكرنا ولا
تتحقق تلك التهمه في النكاح لما انه لابد في النكاح من اضافة العقد الى الموكل ولو زوج منه
الكبيره من الامر لم يجز عنده خلافا لهما وهي كعقد الوكيل مع من ترد شهادته **قوله** بعيب
لا يحدث مثله كالاصبع الزايد والسن السابعه **قوله** فانه اي الوكيل يرده على الامر من
غير خصومة اذ الرد على الامر وانما يحتاج في صورة الاقرار الى القضا لانه يمكن ان يقر بالعيب
ويمتنع عن القبول فالقاضي يجبره على القبول و**قوله** فلم يكن قضاوه مستندا الى اخره جواب
سوال يعني لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضا الى هذه الحجج بل ينبغي ان يقضي بدونها
لعلمه قطعا بوجود العيب عند البايع فقال لم قضاوه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها
في الكتاب الى اخره **قوله** لا يعرفه الا النسا كالقرن في الفرج • ونحوه او الاطبا كالدق
والسعال القديم فيفتقر اي القاضي يفتقر الى الحجج وهي البينه والاقرار والابا **قوله**
لان البينه حجه مطلقه اي مثبته عند الناس كانه فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فيعد
الرد على الموكل و**قوله** والوكيل مضطر الى اخره جواب عن قول زفر ذكر في المبسوط
فعند زفر لو رده بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيا وباعه من غيره • ثم
المشتري الثاني رده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بايعه وقلنا الوكيل
مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى
ذلك بعمل باشره للامر يعني انه لم يباشر احوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير والامر
هو الذي اوقعه فيه فكان الرد عليه ردا على الموكل بخلاف ما اذا اقر فانه مختار فيه لا مضطر
وبخلاف المشتري فانه مضطر في النكول ولكن بعمل باشره لنفسه فلا يرجع على غيره كذا في المبسوط
والفوايد الظهيريه **قوله** والرد بالقضا فسخ الى اخره جواب سوال وهو ان يقال
ينبغي ان لا يكون له حق الخصومة مع الموكل اذ قد حصل الرد باقرار الوكيل وكان بيعا جديدا
في حق الموكل فقال الرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي فلا يحتمل ان يكون عقدا ابتدا لفقد التراضي
لان البايع يرده على كره منه فجعل فسخا ولكن فسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن
حيث ان الرد بالقضا فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لا يلزم الموكل
الا بحجه وهي اقامه البينه على الموكل بخلاف ما لو رده باقرار الموكل من غير قضا والعيب مما يحدث
مثله لزم الموكل ولا يكون له ان يخاصم الموكل لان هذا فسخ بالتراضي فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما
والموكل غيرهما وصار في حق الموكل كان الوكيل اشترى من المشتري ولو اشترى منه لم يكن له مخاصمة
الموكل فكذا هذا **فان قيل** ينبغي ان يكون له ولاية الرد على الموكل وان قبله باقراره من غير
قضا كما في الوكيل بالاجاره اذا اجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب وقبل الوكيل بغير قضا فانه
يلزم الموكل ولم يعتبر اجاره جديده وكذا هذا **قلنا** من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقه
لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام كان في ضمان
الموجر فيكون هذا بمنزله ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضا وهناك يلزم الامر فكذا في الاجاره
قال شمس الايمة وفي الكتاب علل في الفرق من المسله وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة معنى لان على

احدى

احدى الطريقين الاجارة عقود متفرقه تتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب
يمتنع الانعقاد لا ان يجعل ذلك عقدا ابتدا على طريقه اقامه الدار مقام المنافع المعقود عليها
حكم ثبت بالضرورة فلا يعد موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا اسندا اقامة فيه
الدار مقام المنفعه هذا اذا كان عيبا يحدث مثله اما اذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده باقراره
بغير قضا يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات لان القاضي فسخ البيع بينهما لعلمه بقيام العيب عند البايع
لا باقراره فيلزم الامر كما لو رده بالبينه وان رده عليه باقراره بغير قضا لم يلزم الموكل بلا خصومة
في روايه كتاب البيوع لانها فعلا ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فان القاضي يرده في عيب لا
يحدث اصلا او لا يحدث في تلك المدة ولا يكلفه اقامه الحجه فيكون ردا على الموكل • وفي عامة
روايات المبسوط ليس ان يخاصم الموكل لما ذكرنا انه بمنزله البيع المبتدا • ولو اشتراه منه حقيقه
لا يرده و**قوله** فعلا عين ما يفعله القاضي **قلنا** هذا الرد حصل تمليكا وتملكا بالتراضي
وليس باستيفا لعين الحق لان حق المشتري في الجزء الفايت لا في الرد وكان تبعا ما امكن وانما يجعل
فسخا اذا اتصل به القضا وقد جعله بيعا في حق الثالث فيما اذا كان بغير قضا لعدم التراضي كذا ذكره قاضي خان والمغني غيناني
وهذا هو الذي احال بيانه الى الكفاية و**قوله** والحق في وصف السلامة الى اخره جواب
من قال ان الرد متعين يعني حكم الاصل المطالبه بوصف السلامة وانما يصار الى الرد لضرورة
العجز فاذا انتقلا الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا لو امتنع الرد وجب الرجوع بحصة العيب
وفي تلك المسايل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره **قوله** فالقول قول الامر وبه قال
الشافعي ومالك واحمد في روايه وعن مالك ان كانت السلعة قايمة فالقول للموكل وان كانت هالكه
فالقول للوكيل لان الضمان يلزمه بالهلاك والاصل عدم الضمان وعن احمد في روايه القول
للوكيل لانه امين لثبوت اصل الوكاله باقرارهما **قوله** ولا دلاله على الاطلاق اذ الامر بالبيع
قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين والامر يستفاد من جهته فكان القول
له كما لو انكر اصل الوكاله بخلاف ما لو قال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت
مضاربة ولم تسم شيا فالقول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم الا ترى ان له ان
يودع ويبضع ويوكل ويصح المضاربة عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما فكان القول للمضارب لتمسكه
بالاصل اما الوكاله فان الاطلاق والعموم فيها ليس باصل حتى لا يودع ولا يوكل **قوله** والوجه
قد تقدم اي الوجه من الجانبين تقدم في مسله الوكيل بالبيع وخلاف الايمه قد بينا فيها **قوله**
واخذ به اي بالثمن كفيلا فتوى المال على الكفيل **قيل** المراد من الكفاله ههنا الحواله لان التوى
لا يتحقق في الكفاله وقال التمرتاشي الوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف لان الحواله تتضمن
ابرا الاصيل والوكيل لا يملك ذلك عنده **وقيل** بل على حقيقتها والتوى يتحقق في الكفاله بان مات
الكفيل والمكفول عنه مفلسا وفي جامع المحبوبي التوى على الكفيل بان يموت مفلسا وفي الكافي التوى
على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفاله كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة
الاصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اي على الوكيل لانه يزداد بالكفاله والرهن معنى الوثيقة
من غير ان يبرا الاصيل من الثمن فتوكد ان حق الوكيل وهو الاستيفا فيملكهما اي الوكيل يملك الكفاله
والرهن فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا وذا مملوك له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقه
وضاع في يده كان الهلاك على الموكل فكذا في الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا او كفيلا
فان التوى لا يكون على رب الدين وهو قياس قول الشافعي واحمد في الوكيل لانه كالمامور بقبض الثمن

ولا يقبض اصالة لان الحقوق ترجع الى الموكل عندهما وعندنا الوكيل بالبيع يقبض اصالة وكان في
ذلك كالمالك ولهذا لو نهاه الامر اى عن قبض الثمن ولو رد الوكيل الرهن جاز ويضمن للموكل
اقل من قيمته ومن الثمن وعند ابي يوسف لا يصح رده كذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي **قوله** حجره
اي حجر الوكيل عنه اى عن قبض الثمن عندنا وقالت الائمة الثلاثة يملك لان الحقوق عندهم راجعة
الى الموكل وانما يملك الوكيل قبض الثمن باعتبار الاذن ولا له عندهم **فصل**
لما ذكر حكم وكالة واحد اعقبه حكم وكالة رجلين لان المثنى بعد الواحد **قوله** فليس لاحدهما
ان يتصرف فيما وكلا به قالت الائمة الثلاثة وفي المبسوط هذا الذي ذكره فيما اذا وكلهما بكلام
واحد فاما اذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما ان يتصرف بدون الاخر لانه اذا وكلهما بكلامين
فقد رضي برأى احدهما بخلاف الوصيين اذا اوصى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا ينفرد احد
بالتصرف في احد القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة وههنا
حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد بالعقد استبد بالتصرف **قوله** لان
الموكل رضي برأيهما حتى لو باع احدهما والاخر حاضر لا يجوز الا ان يجيز الاخر يجوز ولو كان الاخر غايبا
عنه فاجاز لم يجز عند ابي حنيفة ذكره في الذخيره وفي المبسوط ولو كان احدهما صبيا او عبدا محجورا
لم يجز للاخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للاخر ان يتصرف لانه ما
رضي برأى احدهما **قوله** والبدل وان كان مقدرا الى اخره جواب سوال وهو ان يقال انما
يحتاج الى الراى في البيع اذا لم يكن الثمن مسمى في التوكيل به فاما اذا كان فلا يحتاج الى رايهما فينبغي
ان ينفرد كل احد منهما كما في التوكيل بالطلاق والعتاق بغير عوض فاجاب عنه بان البدل وان كان مقدرا
ولكن تقدير الثمن يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماع الاخر لكا احدهما وهدايته
او يختار الاخر مشتريا لا يماطل في اداء الثمن **قوله** الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثنا من
قوله ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد احدهما
بالتصرف وقال زفر لا يصح الانفراد فيها ايضا وبه قال الشافعي واحمد لانه يحتاج فيها الى الراى اذ
راى الاثنين لا يكون كراى واحد فرضاه بهما لا يكون رضا باحدهما كما في البيع والشرا **وقلنا**
الاجتماع فيها يتعذر لصيانة مجلس القضا عن الشغب لان المقصود فيها اظهار الحق وبالشغب لا يحصل
ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضا فلما وكلهما مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة
احدهما ولكن على وجه لا يفوت فايدة توكيلهما وذا ان يتشاورا في الامر برأيهما ويتفرد احدهما بالتكلم ولا يشترط
حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور واطلاق محمد يدل على هذا **وقيل** يشترط ولا يقبض
احدهما لان اجتماعهما على القبض والحفظ ممكن فانما يقدران على دفع المقاصد بما لا يقدر احدهما
عليه كذا في الفوايد الظهيرية وطلاق زوجته بغير عوض هذا عطف على المستثنى وهو قوله
بالخصومة وفي الذخيره لو وكلهما بطلاق امراته فطلق احدهما وابى الاخر لان الايقاع المفرد
لا يحتاج الى الراى وكذا في اعتاق عبده وعند الشافعي واحمد لم يجز حتى يجتمعا كما في البيع وفي الجامع
ولو وكلهما وقال لا يطلقن احدكما دون صاحبه فطلق احدهما ثم طلق الاخر واجاز وكذا في
الاعتاق ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها احدهما واحدة ثم الاخر تطليقتين لم يقع شي حتى يجتمعا
على ثلاث تطليقات **قوله** او برد وديعة قيد برده لانهما اذا كانا في قبضها لا ينفرد احدهما
وعند الشافعي واحمد الرد كالقبض وفي الذخيره قال محمد في الاصل لو وكلهما بقبض وديعة وقبضها
احدهما بغير اذن صاحبه يضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد فصار قابضا بغير اذن المالك

فيصير

فيصير ضامنا ثم قال **فان قيل** ينبغي ان يضمن النصف لانه مامور بقبض النصف **قلنا**
مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وبدونه لا **قوله** الا يرى انه تمليك يقتصر
على المجلس وقد مر انه لو قال طلق امراتي ان شيت يملك يقتصر على المجلس وكذا في الامر
باليد تمليك يقتصر على المجلس واذا كان التطليق مملوكا لهما لا يجوز لاحدهما التصرف بغير اذن
صاحبه **فان قيل** ينبغي ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقه **قلنا** فيه ابطال حق
الاخر اذ بايقاع النصف يقع تطليقة كاملة **فان قيل** ابطال ضمني **قلنا** لا حاجة الى
ذلك الابطال لقدرتهما على الاجتماع كذا قيل **قوله** فاعتبره بدخولهما اى اعتبر تطليق الطلاق
بفعلهما وهو المشية واختيار الطلاق بتعليق الطلاق بدخولهما بان قال ان دخلتما الدار فامراتي
طالق فدخل احدهما لا تطلق فكذا هذا **قوله** وليس للوكيل ان يوكل الى اخره المسئلة على ثلاثة
اوجه احدها ان يوكله ولم ياذن له في التوكيل ولم ينهه عن التوكيل فليس له ان يوكل غيره عندنا
واحمد وقال الشافعي ومالك ان كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له ان يوكل غيره وان
كان يعجز عنه او ممن لم يباشر ذلك العمل بنفسه لوجاهته له ان يوكل وبه قال احمد في رواية
وهذا الخلاف فيما اذا اطلق اما لو اذن في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف او نهاه عن توكيل غيره
لا يوكل بلا خلاف واما لو قال له اصنع ما شيت او اعمل برايك فله التوكيل عندنا واحمد وقال
اصحاب الشافعي له التوكيل في احد الوجهين لان التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه وقوله اصنع ما شيت
او اعمل برايك يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه وقلنا اللفظ عام فيدخل في عمومه التوكيل
ولان بقوله اعمل برايك اثبت له صفة المالكية اذ المالك هو الذي يتصرف برايه ومشيته وللمالك
ان يوكل غيره فكذا للوكيل لانه صار كالمالك **قوله** حتى لا يملك اى الوكيل الاول عزله
ولا ينعزل اى الوكيل الثاني بموته اى بموت الوكيل الاول وبه قال الشافعي في قول واحمد وقال في
الاصح ينعزل بعزله وبموته وله بموت الموكل قولان وكذا بعزله والاصح الانعزال كما قلنا واحمد
وينعزل لان بموت الاول اى الموكل الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره وللقاضي ان
يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال جاز كما في الوكالة **قوله** فعقد وكيله
اى وكيل الوكيل بحضرته اى بحضرة الوكيل الاول جاز عندنا استحسانا وقال زفر لا يجوز وبه قال الشافعي
واحمد كما في حال غيبته ولان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وانما رضي الموكل الاول بتعلق الحقوق بالوكيل
الاول دون الثاني فلو جاز يقع الثاني بحضرته لتعلق حقوق العقد به دون الاول وقلنا مقصود
الموكل ان يكون تمام العقد براى الوكيل الاول فاذا كان هو حاضرا فقد حصل تمام العقد برايه فكان
مقصوده حاصلا على انه اذا كان حاضرا صار كانه باشر العقد كما لو زوج ابنته البالغة بشهادة رجل
بحضرتها حيث كانها باشرت العقد حتى يصلح الاب ان يكون شاهدا **فان قيل** يشكل بما لو باشر احد
الوكيلين بحضرة الاخر حيث لا يكتفي بحضوره ولا بد من الاجازة ذكره في الذخيره وههنا اكتفى
بحضوره من غير اجازة والمعنى يشملهما **قلنا** ما ذكر في الجامع محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول
لا مطلق الحضرة هكذا ذكر في الذخيره وقال ان محمدا ذكر في الجامع فعقد الثاني بحضرة الاول ولم
يشترط للجواز اجازة الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل وفي موضع اخر من وكالة الاصل شرط
اجازته سوا كان الوكيل الاول حاضرا او غايبا وعن الكرخي ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر
مطلقا في بعض المواضع محمول على ما اذا اجاز واليه ذهب عامة المشايخ وهذا لان عقد الثاني
كعقد فضولي لعدم اذن الموكل الاول وفي الفضولي يشترط الاجازة فكذا ههنا ومنهم من قال في

المسئله روايتان وجه روايه الجواز من غير اجازة الاول ان عقد الثاني حال غيبته انما يصح لتعري
العقد عن راي الاول فمتى عقد بحضرته فقد حضر هذا العقد رايه وعلى هذا احد وكيلي البيع
او الاجارة اذا باع بحضرة صاحبه في روايه لا يجوز الا باجازته وفي روايه يجوز من غير اجازه
ويكلموا في حقوقه اي حقوق عقد الثاني بحضره الاول في الذخيرة لم يذكر محمد في هذا الفصل في
التصغير العهدة على من وذكر العتابي في روايه ترجع الى الاول وفي حيل الاصل والعيون ترجع الى
الثاني وهو الصحيح كما لو باعه اجنبي فاجاز الوكيل فانه يجوز وتتعلق الحقوق بالمباشر غير الوكيل اي الفضولي
قوله ولو قدر الاول اي الوكيل الثمن بان قال للوكيل الذي وكله بغير اذن موكله بعه بكذا
فباعه الثاني في غيبة الاول جاز في روايه كتاب الرهن كما ذكرنا من حصول المقصود بحضور رايه
وفي روايه كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة فربما يزيد الاول
على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع لذكايه وهدايته **قوله** وفوض اي الموكل الاول الى الاول
اي الوكيل الاول كان غرضه اي غرض الموكل الاول رايه اي راي الوكيل الاول في معظم الامر وهذا
لان المقصود من المساعات الاسترباح وذلك انما يكون بالبيع بتقدير ممن كان مصلحته في تحصيل زيادة
الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول ثمن المبيع وارايه انما يطلب لهذا **قوله** معناه التصرف
في مالهما وانما احتاج الى هذا التاويل لان قوله او باع او اشترى لها لم يجز يحتمل وجهين احدهما
ان يشتري لها شيا بمال نفسه والاخر ان يشتري لها بمالها والثاني هو المراد هنا ولذلك قال
معناه كذا **قوله** لان الرق والكفر يقطعان الولاية وقد مرت المسئلة في النكاح ببيان الاختلاف
قوله الى العاقد اي العاقد القادر المشفق وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد **قوله**
والرق يزيل القدرة قال تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شي لان الحربي ابعد من الذمي فان الذمي صار منا
دارا وان لم يكن منا دينا او نحوه في حق الذمي ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزيه ولم يثبت في حق
الحربي شي من الاصل والخلف ولهذا لا تقبل شهادته على الذمي **قوله** قال ابو يوسف ومحمد
المرتد اذا قتل على ردته الى اخره يشير الى دفع شبهة ترد على قولهما مع ان هذا الحكم مجمع عليه وهي
ان تصرفات المرتد بالبيع والشرا نافذة وان قتل على ردته عندهما بنا على الملك ولكن تصرفاته على
ولده موقوفة بالاجماع وفي جامع المحبوبي زوج المرتد ابنته ثم اسلم جاز نكاحه لان هذا نكاح له مجيز
في الحال حتى لو رفع الى قاض فاجاز يجوز وكان سبيله التوقف فاذا توقف وعادت ولايته نفذ لوجود
الاجازة منه وان تزوج هو بنفسه لم يجز لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فان اسلم بعد
هذا لم يحل له الا بانشا النكاح لان هذا نكاح لا مجيز له حال وقوعه فلم يتوقف على اسلامه لان ما
لا مجيز له لا يتوقف الا ترى ان الصبي اذا زوج عبده او اعتقه او وهبه او تصدق به كان باطلا حتى لا ينفذ
وان اجازه بعد بلوغه لانها تصرفات لا مجيز لها حال وقوعها بخلاف المرتد اذا زوج ابنته الصغيرة
لان له مجيزا وهو القاضي او الولي فيصح اي ينعقد تصرفه ولو مات بطل بخلاف التصرف في اكسابه
فانها نافذة عندهما لان ملك الولايه يبتني على الملك والملك تام ما دام حيا بلا توقف ٥

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الوكالة بالخصومة من المهجور الشرعي حتى عدل عن حقيقتها الى مطلق الجواب تاخر ذكرها عما هو مشروع
ومقرر على حقيقته **قوله** الوكيل بالخصومة الى اخره اطلق في الروايه ليتناول الوكيل بالخصومة
في العين والدين وهو وكيل بالقبض فيهما عند علمائنا الثلاثة ذكره المحبوبي **قوله** خلافا
لزفر فانه يقول لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك واحمد وعن الشافعي وجه

انه يملك كقولنا هو يقول اي زفر يقول ان القبض غير الخصومة لان الخصومة لاظهار الحق والختام
في الخصومة الى الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة **ولنا** ان
التوكيل بشي توكيل باتمامه واتمام الخصومة يكون بالقبض لانه الخصومة باقيه ما لم يقبض وذلك
لانه ما لم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة كذا في الاسرار والمبسوط
قوله والفتوى اليوم على قول زفر وبه افتى كثير من مشايخ بلخ والصدر الشهيد لان التوكيل
بالقبض غير ثابت نصا ودلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة
والتقاضي ولا يرضى بامانته وقبضه والوكيل على التقاضي يملك القبض على اصل الروايه خلافا لما
على اختيار الفتوى **قوله** لانه في معناه اي لان التقاضي في معنى القبض في اصل اللغة يقال
تقاضيته ديني وبديني واقتضيته واستقضيته واقتضيت منه حقي اي اخذ ذكره في الاساس الا
ان العرف تخالفه فان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبه وهو اي العرف
راجح اي قاض على الوضع لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون
المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية **قوله** واجتماعهما اي اجتماع الوكيلين على القبض
ممكن فانهما يصيران قابضين بالتخلية على ما مر اي في الوكيلين **قوله** والوكيل بقبض الدين وكيلا
بالخصومة عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية وقال الشافعي في الاصح واحمد
في ظاهر الرواية لا يملك وهو روايه الحسن عن ابي حنيفة وهذا الخلاف في الوكيل بقبض الدين اما
الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة باتفاق اصحابنا وللشافعي واحمد فيه وجهان كما في قبض الدين ويجي
بعد ذلك وهذا يرجع الى اصل وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء الحق شرعا عندهما ولهذا
لو قبض احد الشريكين شيا من الدين المشترك كان للاخر ان يشاركه فيه ومعنى التمليك ساقط في الحكم
وعند ابي حنيفه القبض في الدين تملك اذا الديون تقضى بامثالها فيصير للقبض حكم المبادلة والتمليك
انشا تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وكان خصما فيها واذا ثبت هذا فهما يقولان التوكيل بقبض
الدين توكيل باستيفاء عين حقه حكما ومعنى التمليك ساقط حكما حتى كان له ان ياخذه بلا قضا ولا رضا كما
في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وابو حنيفه يقول التملك في القبض
حقيقة لما ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها ولان الشرع جعل ذلك طريقا لاستيفاء عين حقه ولهذا
يجبر على الادا ولو كان مبادلة محضا لما اجبر ولا يملك الاخذ متى ظفر بخلاف جنس حقه فانتصب خصما كالوكيل باخذ
الشفعة والرجوع في الهبة والشرا والقسمة والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلا يرد المبيع على البايع
بالعيب يكون الوكيل خصما في هذه الصور حتى لو اقام المشتري على وكيل الشفيع بينة ان موكله سلمها يجوز
بالاتفاق وكذا لو اقام الموهوب له البينه ان الواهب الموكل اخذ عوضا يسمع • وكذا اقام احد الشريكين
بينة على الوكيل ان موكلك اخذ نصيبه يقبل لانه خصم وكذا لو اقام البايع البينة عليه على ان المشتري
الموكل رضي بهذا العيب يقبل لانه خصم **قوله** وهذه اي مسئلة الكتاب اشبه باخذ الشفعة
وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة من المسايل الثلاث الاخر لان في هذه
المسايل ما لم يوجد المبادلة لا يصير وكيلا يعني بعد وجود هذه الافعال يكون خصما واما في مسئلة
الشفعة وقبض الدين يكون خصما قبل القبض **قوله** وهذا اشارة الى لطيف نكتة اي حنيفه بقوله
انه وكله بالتملك يعني كانه وكله بتملك مثل الدين وذلك مبادله والمامور بالمعاوضه يكون
اصيلا وفي جامع قاضي خان ولا يقال لو كان وكيلا بالمبادله وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لانا
نقول انما لا يلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادله من الوجه الذي ذكرنا هو استيفا

فصل مع



حق من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعل خصما ولشبهه
باخذ العين لا تلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما هذا اذا ادعى الايفاء وان ادعى الابراء فكذلك
ذكره شمس الائمة **قوله** حتى يحضر الغائب اي الغائب الموكل لان البينة اي بينة صاحب اليد
قامت على خصم اذ الوكيل بقبض الوديعة ليس بخصم فلم تعتبر اي بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض
وجه الاستحسان انه اي الوكيل بقبض الوديعة خصم في قصر يده اي يد نفسه اي قصر يد الوكيل
فتقصر يده اي يد الوكيل **قوله** فعادت البينة على البيع والعتاق والطلاق لان البينة
قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك على الموكل قامت
البينة لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل
قوله وغير ذلك كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك البينة تقبل
في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل **قوله** واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله
اطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه لان جواز الاقرار على الموكل لا يتفاوت
بين ان يكون من موكله مدعيا او مدعى عليه سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار
وكيل المدعي هو ان يقر بقبض الموكل المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله
قوله الا انه يخرج عن الوكالة على رواية الاصول لانه زعم انه مبطل في دعواه فلا يدفع المال
اليه ولو اقام بينة وذكر في الجامع لا يقضى بدفع المال لزعمه باستحقاقه في الاخذ **قوله** وقال
زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين في مجلس القاضي وغيره وبه قال مالك واحمد وابن ابي ليلى وهو القياس
اي قول زفر والشافعي القياس لان الاقرار ضد ما امر به فانه مامور بالخصومة وهي اسم لكلام يجري
بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد
ما امر به والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والابراء والصلح
اي لوجود المضادة بين الخصومة وهذه الافعال لا يملك هذه الافعال **وقوله** ويصح اذا استثنى
الاقرار جواب سوال يرد على قولهم لان الوكيل بالخصومة اذا لم يتناول الاقرار كيف يصح استثناؤه
فقال اذا صح استثناء الاقرار مع صحة التوكيل علم ان حقيقة الخصومة غير مهجورة اذ لو كانت مهجورة
لما صح استثناء الاقرار كما لو وكله بالخصومة واستثنى الانكار فانه لا يصح لانه يلزم استثناء الكل
من الكل وكذا اذا استثنى الاقرار لان الجواب اما بالاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق فاذا صح استثناء
الاقرار علم ان الوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اشار في الطريقة البرغرية **قوله** ولهذا
لو وكله بالجواب هذه مسألة مبتداة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب
مطلقا فهو على هذا الخلاف ايضا فعند هم يتقيد بجواب هو خصومة اذا العادة جرت في التوكيل بذلك
ولهذا اختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف **قوله** ان التوكيل صحيح
قطعا اي ثابت من كل وجه بلا شبهة بالاجماع **قوله** لا احدهما عينا وهو الانكار فانا اذا
عرف ان المدعي محق لا يملك الانكار شرعا وتوكيله بما لا يملك لا يجوز شرعا والديانة تمنعه من ذلك
فحملنا على المجاز وهو الجواب مطلقا تحريا لصحته قطعا وطريق المجاز موجود ولو استثنى الاقرار
في المبسوط استثناء الاقرار ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا يصح لان من اصله ان صحة الاقرار
باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ما ثابا لوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما
لو وكله بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع كان الاستثناء باطلا فكذا هنا وجه ظاهر
الرواية ان صحة اقرار الوكيل باعتبار ترك الحقيقة الى المجاز باعتبار الشرع اذ الخصومة مهجوره

شرعا فيصار الى المجاز وهو الجواب وبهذا الاستثناء تبين ان مراده حقيقة الخصومة لا الجواب
الذي هو مجاز لان للتنصيص زيادة دلالة على انه مالك للانكار فلا عبرة لدلالة الحال عند التصريح
بخلافه **قوله** لانه اي الموكل لا يملكه اي لا يملك الانكار عينا شرعا لانه لا يعلم ان الانكار
حقه عينا وانما يصير الانكار حقه عينا اذا علم ان المدعي مبطل في دعواه فتعذر تصحيح الوكالة
بالانكار عينا **قوله** وعن محمد انه اي استثناء الاقرار يصح لما ذكرنا ان للتنصيص زيادة دلالة
على ملكه اي ملك الموكل اياه للانكار وعنه اي عن محمد انه فصل الى اخره في التتمة عن محمد انه صح
استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير فلا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني المدعي لما كان مخيرا
من الاقرار والانكار افاد الاستثناء فائدته في حقه اما من المطلوب لا يصح استثناء الاقرار لانه
لا يفيد ذلك لان المدعي لما صح دعواه فالمطلوب مضطر ومجبور على الاقرار لعرض اليمين عليه فلو
مجبورا عليه وكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري
في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته **قوله** واقراره اي اقرار الموكل لا يختص بمجلس
القضاء لانه موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء **قوله** ان
التوكيل يتناول جوابا الى اخره لان التوكيل امر بما هو مالك له والذي يملكه في معاملة الخصومة هو
الجواب لا الانكار فحسب فانه لا يملكه اذا عرفه محقا في دعواه بل يملك الاقرار حينئذ
ان ملكه قطعا مطلق الجواب لا الجواب مقيدا فعلم انه وكله بجواب يسمى خصومة حقيقة كالانكار
او مجازا كالاقرار في مجلس القضاء وسمي الاقرار في مجلس القضاء خصومة كما سمي جزاء العدوان جزاء
كما في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وجزاء السيئة سيئة في قوله وجزاء سيئة سيئة
مثلها لخروجه في مقابلة السيئة او لانه اي الخصومة على تاويل التخاصم وفي بعض النسخ او لانها
سبب له اي للاقرار اذ الخصومة سبب الجواب والجواب سبب الاقرار لان الجواب تارة يكون
بلا وتارة بنعم وكانت الخصومة سببا للاقرار بالواسطة واطلاق اسم السبب على المسبب مجاز
ولان مجلس القضاء محل الخصومة فما يجري فيه يسمى خصومة مجازا بخلاف الاقرار في غير مجلس
القضاء لانه لا يسمى خصومة لا حقيقة ولا مجازا ويملكه الا اقرارا باعتبار دخوله في مطلق الجواب
قوله وصار اي الوكيل المقر في غير مجلس القضاء كالاب او الوصي المقر في مجلس القضاء حيث لا يصح
اقرارهما ولا يدفع اليهما لان ولايتهما باعتبار النظر وهو في حفظ المال والاقرار لا يكون حفظا بل
هو اضاعة فاذا اخذ المال من الغريم لا يدفع اليهما للتناقض كما لو ادعيا مالا للصغير على رجل فانكر
فصدقه الاب او الوصي ثم جاءا يدعي المال لا يدفع المال اليه لانهما خرجا من الولاية والوصاية فكذا
الوكيل وحاصل مسألة الوكيل بالخصومة على خمسة اوجه احدها ان يوكل مطلقا بلا تعرض لاقرار
فيصير وكيلا بالانكار بالاجماع وبالاقرار عندنا خلافا لزفر والشافعي وثانيها ان يوكل بها غير جائز
الاقرار فيه يصير وكيلا بالانكار وعن ابي يوسف لا يصح هذا الاستثناء وثالثها ان يوكل بها غير
جائز الانكار فيه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا يصح استثناء
الانكار ورابعها ان يوكل بها جائز الاقرار عليه ففيه يصير وكيلا بالانكار والانكار والاقرار
عندنا خلافا للشافعي فعلم منه ان الوكيل بالاقرار صحيح عندنا وبه قال مالك واحمد والشافعي في
الاظهر وعنه في وجه لا يصح وخامسها ان يوكل بها غير جائز الانكار وغير جائز الاقرار اختلف
المتاخرون فيه **قيل** لا يصح هذا التوكيل لانه اذا استثناهما لم يبق ما ليه سيء وعن القاضي صاعد
النيسابوري يصح التوكيل ويصير وكيلا بالسكوت في مجلس القضاء حتى تسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل

نكار

هذا القدر لاربما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينه يحصل
به الكل من الذخيره **قوله** فانعدم الركن اى ركن الوكالة وهو العمل لغيره فانعدم عقد
الوكالة بانعدام ركنه **فان قيل** يشكل بما ذكره في الجامع ان رب الدين لو وكل المديون
بابرا نفسه عن الدين يصح والمديون في ابرا نفسه عامل لنفسه **قلنا** ذكر شيخ الاسلام لا يصح
هذه الوكالة فمنع اولا ولئن سلم فانما يصح لان الابرا تمليك ولهذا يرتد بالرد كما في قوله طلقي
نفسك فلا يرد نقضا لان كلامنا في الوكالة لا في التمليك **فان قيل** ينبغي ان يصح وكالة الكفيل
لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه يقع ضمنا والاعتبار للمتضمن الذي هو الاصل لا للمتضمن
قلنا لا نسلم بل عمل الانسان لنفسه اصل اذ الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره
فان قيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان يبطل الكفالة بالوكالة كما يبطل الوكالة
بالكفالة فانه ذكر في جامع المحبوبي والوكيل بقبض الدين لو ضمن المال للموكل يصح وتبطل الوكالة
فكذا ينبغي ان يبطل الكفالة بالوكالة المتاخرة **قلنا** الكفالة تصلح مبطلة للوكالة وناسخة
لها لا على العكس لان الشي يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه فيبطل الوكالة
بالكفالة لانها فوقها اما لا يبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة دون ولان قبول قوله اى قول
الوكيل ملازم بعدم راى الوكيل بانعدام لازمه وهو قبول قول الوكيل **قوله** ضمن قيمته
اى قيمة العبد للغرما سوا كان معسرا او موسرا فلو وكله الطالب اى وكل الطالب المولى لما
مر ماه وهو قوله والوكيل من يعمل لغيره الى اخره **قوله** امر بتسليم الدين وفي بعض النسخ بتسليم
المال اى الدين وبه قال المزني وقال الشافعي ومالك واحمد لم يؤمر بالتسليم بالتصديق لا في الدين
ولا في الوديعة الا ان يقيم الوكيل بينة على وكالته ومحمد يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة
وعندنا في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصديق واحتج الشافعي بانه تسليم لا تبريه عن الدين
فلا يؤمر به كما لو كان الحق عينا وكما لو اقر بان هذا وصي الصغير بخلاف ما لو اقر انه وارثه حيث
يؤمر بالتسليم لانه يتضمن ابراه فانه اقر بانه لا حق لسواه وقلنا اقر على نفسه بان له حق الاستيفا
لان ما يقضيه خالص ماله الغريم لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وكان ما اداه المديون
خالص ماله وكان يصدقه اقرارا على نفسه بان المال يجبر على الادا وفي الذخيره في المسئله
نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان المديون يقضي مثل الدين
فما قبضه رب الدين منه يصير مضمونا عليه وله على المديون مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد
ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض باطل وجوابه ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من
حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله
بان يقول فلان وكلني بقبض دينه كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول
ارسلني ويقول اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه ويقول اقرضني **قوله**
فان حضر الغايب اى رب الدين فصدقه اى صدق الوكيل كان ما دفع اليه قضا لدينه والا اي
وان لم يصدقه دفع اليه اى دفع الدين اليه الى رب الدين ثانيا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد
ومالك وقال الشافعي في وجه له الرجوع على القابض والقول في ذلك اى في انكار الوكالة قوله
اى قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي عارضا وهو سقوط الدين باداية
الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة فكان منكرا للعارض فكان القول له وبه قالت الائمة الثلاثه
قوله لم يرجع عليه اى لم يرجع المديون على الوكيل لانه اى المديون صدقه اى صدق

الوكيل وهو اى المديون مظلوم يعني انكار رب الدين الوكالة ظلم عليه وكذلك طلب الدين ثانيا
في هذا الاخذ اى اخذ رب الدين ثانيا والمظلوم اى المديون لا يظلم غيره فلا ياخذ من الوكيل بعد
الهلاك لان الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعد ما هلك المدفوع الاخذ منه ظلم وفي
الذخيره والمبسوط المسئله على اوجه اما ان يصدق الغريم وكالته او لا فان صدقه ولم يدفع المال اجبر
على الادا خلافا لابن ابي ليلى والشافعي واحمد لانه لم يثبت كونه وكيلا عند القاضي وولايه الاجبار
بعد ثبوت وكالته عند القاضي وقلنا ثبت ذلك عند القاضي بتصديق المطلوب لانه خبر لا يكذب
وكل خبر محمول على الصدق عند القاضي اذا لم يات معارض له وان انكر وكالته واراد الوكيل
استحلافه بعد وكالته استحلفه فان حلف برى وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل لان نكوله كاقراره
ولو صدق على الطالب كما لو اقر وذكر الخصاف لا يحلف المطلوب على الوكالة عند ابي حنيفة
وعندهما يحلف على العلم لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فان انكر يحلف لكن على العلم لانه
ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكن على العلم لان الوكيل فعل الغير ولابي حنيفة ان
الاستحلاف يبنى على صحة الدعوى ودعواه هنا لا يصح لانه لم يثبت كونه نائبا عن الامر اما
لو اقر الغريم بالوكالة وانكر الدين فعند ابي حنيفة يستحلف المطلوب وعندهما لا يستحلف لان
الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد ثبت الوكالة باقراره **قوله** الا ان يضمنه
عند الدفع ويجوز التخفيف والتشديد في يضمنه وهو ان يقول اصدقك في الوكالة ولكن لا
امن ان يجحد الطالب اذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانيا وهذا ضمان صحيح لانه
مضاف الى سبب الوجوب فان الطالب في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا وكانه قال انا ضامن
لك ما يقبضه فلان منك بغير حق واليه اشار صاحب الكتاب بقوله لان الماخوذ ثانيا مضمون
عليه اى على رب الدين في زعمهما اى زعم الوكيل والغريم وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض
اى قبض رب الدين ثانيا كما ذكرنا **قوله** بما ذاب اى يجب وهذا ماض اريد به المستقبل
وقد مر في الكفالة وجه التشبيه ظاهر **قوله** لم يصدقه في الوكالة ولم يكذبه به ايضا بل
سكت **قوله** وهذا اظهر اى الدفع مع تكذيبه في الوكالة اظهر في حق جواز الرجوع على
الوكيل بالنسبة الى الصورتين الاوليين لانه لما رجع في الصورتين الاوليين مع انه لم يكذبه
فيهما فلان يرجع عليه في صورة التكذيب لان الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب لان الوكيل قبض منه
بشرط ان يستفيد المديون البراة فاذا لم يستفد لم يكن المديون راضيا بقبضه بل هو في حقه
كالغاصب ذكره في المبسوط و **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع عليه لرجا الاجازة و
الوجوه كلها وهي الوجوه الاربعة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين
ودفعه ساكتا بلا تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب **قوله** اما ظاهرا اى في حالة
التصادق او حال ظهور العدالة في الوكيل لان الوكيل اذا كان عدلا كان صادقا ظاهرا ويحتمل
اي في حالة التكاذيب او في حالة كون الوكيل فاسقا او مستورا لاحتمال الصدق **قوله**
ليس له ان ينقضه لان من سعى الانسان في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود كما اذا كان الشفيع وكيل المشتري
ليس له الشفعة والا كان ساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تم من جهة الشفيع وفي
الكافي لو اقام الغريم بينة بعد التسليم الى رب الدين انه وكله او اقر الوكيل بان رب الدين ما وكله
لم يقبل ولو اراد ان يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك يبنى على صحة الدعوى ولم توجد
لكونه ساعيا في نقض ما تم من جهته اما لو اقام بينة ان رب الدين جحد الوكالة فاخذ مني ثانيا يقبل

لانه ثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بنا على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو
قبضه المال فانتصب الحاضر خصما عن الغايب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل مقتضى قبض
الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشي ضمنا ولا يثبت قصدا لانه اقرار بمال الغير اى اقر له بعين مال
الغير لتصادقهما على انه ملك المودع بخلاف الدين حيث يومر بالدفع لما قلنا انه اقرار على نفسه لان
الديون تقضى بامثالها ثم المودع اذا لم يومر بالتسليم وسلم وانكر رب الوديعة الوكالة وحلف
وضمن ماله المودع رجع المستودع على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان
قال هلك مني او دفعته الى الوكيل فان المستودع ان دفعه بتصديق الوكالة لم يرجع بشي ولو دفعه
بالسكوت او بانكار الوكالة او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا كذا في المبسوط ولو
دفعها في الوجوه كلها لا يملك استرداده لما ذكرنا انه ساع في نقض ما تم من جهته ذكره في شرح
الجامع والفوايد الظهيرية واذا لم يومر المستودع بالتسليم ولم يسلم فضاعت في يده هل يضمن قيل
لا يضمن وينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع بزعمه كالمنع من المودع **قوله** لا يبقى ماله
بالنصب وفي النهاية هكذا كان معربا باعراب شيخي اى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته
اى منسوبا ومملوكا له فكان انتصابه على انه حال كما في كلمته فاه الى في اى مشافها وجود
الدفع **قوله** لانه ما دام حيا اى لان المودع ما دام حيا وقد بقي حياته بانهما فالوديعة
ملكه لانه اى المودع من اهله اى اهل الملك **قوله** فانه اى الغريم يدفع المال الى الوكيل
قوله لان الوكالة ثبتت **فان قيل** لا يسلم ثبوت الوكالة **قيل** في جوابه لما
ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق فلما ثبت الدين باقراره ولم
ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين
عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لقيامه مقام الموكل كذا
قيل وفيه نوع تامل **قوله** ويتبع اى الغريم يتبع رب الدين رعاية لجانبه اى جانب الغريم
وهو المديون لانه اى الوكيل نايب والنيابة لا تجري في الايمان وفي الايضاح لا يحلفه على العلم
بان الطالب استوفاه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر يحلفه على العلم فان ابى ان يحلف خرج
عن الوكالة وكان الطالب على حجته وبه قال الشافعي ان ادعى علم الوكيل وان لم يدع لا يحلف ولهما
انه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لكان التحليف بطريق النيابة والنيابة لا تجري
في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم يعني ما نعلم ان مورثه استوفاه لان الحق يثبت للوارث
وكان يدعي ابطال حقه بفعل وجد من المورث فكان الحلف بطريق الاصالة لا النيابة الا انه يحلف
على العلم في فعل الغير **قوله** وكله بعيب في جارية اى برد الجارية بسبب العيب **قوله**
لم يرد عليه اى على البايع يعني القاضي لا يقضي بالرد حتى يحضر المشتري ويحلف وبه قال ابن ابي ليلى
وقال الشافعي واحمد لا يلتفت الى قول البايع فيرد كما في الدين ولا يمين على الوكيل اذا لم يدع
البايع علمه اما لو ادعى علمه يحلف على العلم وبه قال زفر وعندنا لا يحلف ايضا **قوله** بخلاف مسألة
الدين حيث يومر بدفع الدين بدون تحليف الوكيل لان التدارك ممكن هناك وفي المبسوطين الفرق
بين مسألة العيب ومسألة الدين من وجهين احدهما ان حق الطالب ثابت بيقين اذ ليس في
دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل حقه لكنه يدعي الاسقاط بعد تقرر السبب الموجب
فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط وفي مسألة العيب علم المشتري بالعيب وقت العقد
يمنع ثبوت حق الرد اصلا فالبايع بقوله رضي المشتري يزعم ان حقه في الرد ما ثبت اصلا فلا بد من ان

يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد **والثاني** ان الرد بالعيب بالقضاء فسخ العقد والعقد اذا
انفسخ لا يعود فلو اثبتنا له حق الرد تضرر به الموكل بانفساخ العقد اما قضاء الدين فليس بفسخ
عقد فاذا حضر الموكل ولم يحلف يسترد ما قبضه الوكيل وهذا معنى قول المصنف لان التدارك
ممكن هناك الى اخره **قوله** اذا ظهر الخطأ عند نكوله اى نكول الموكل وفي جامع قاضي خان
التدارك غير ممكن في مسألة الرد بالعيب لانه لا يتمكن من اعادة البيع بعد القضاء لان قضاء القاضي
في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر بطلان الحجة الا ترى ان عند محمد اذا لم ينفذ
قضاؤه باطنا في العقود والفسوخ كانت المسألة الثانية والاولى سواء اى يرد القاضي فيهما جميعا
وعند ابي يوسف لو كان المشتري حاضرا واراد الرد بالعيب لا يرده القاضي ما لم يستحلف المشتري
بالله بعدم الرضى بهذا العيب وان كان البايع لم يدع واذا كان المشتري غائبا لا يرد الا بعد اليمين
ايضا صيانة للقضاء عن البطلان **قوله** لان القضاء بالفسخ ماض الى اخره في الذخيرة ولو
حضر الموكل بعد رد الجارية بالعيب بدعوى الوكيل وادعى الرضا بالعيب واراد اخذ الجارية
وابى البايع ان يدفعها وقال لا سبيل لك عليها بعد نقض القاضي البيع فالقاضي يرد الجارية على
المشتري لان البايع ادعى رضاه بالعيب وصدقه الامر فاستند التصديق الى وقت الاقرار وعلم
ان القاضي اخطأ في قضايه بالرد فبقيت الجارية على ملك المشتري بعض مشايخنا قالوا هذا على
قول محمد فاما على قول ابي حنيفة لا سبيل للمشتري على الجارية لنفوذ القضاء ظاهرا وباطنا
عنده وقال بعضهم هذا قول الكل وهو الاصح لان نقض القاضي البيع لم يكن بناء على دليل
موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا المشتري ثم ظهر الدليل بخلافه وفي
مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاد ثم وجد نص بخلافه وهكذا ذكر في المبسوط وشرح
الجامع الصغير **قوله** ولا يستحلف المشتري عنده اى عند ابي حنيفة بعد ذلك اى بعد نكول
الموكل لانه اى الاستحلاف لا يفيد يعني متى نفذ قضاء القاضي ظاهرا وباطنا لا يكون للبايع ان
يستحلف المشتري اذا حضر على الرضا لانه لا فايدة في استحلافه لان فايدته ان ينكل فيظهر انه كان
راضيا بالعيب وان حق الفسخ لم يكن ثابتا للمشتري وان القاضي اخطأ في قضايه بالفسخ ولكن عند ظهور
الخطأ في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده حتى قال المشايخ يجب ان يتحد الجواب في فصل
الدين والرد بالعيب ولا يوخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في مسألة الدين لان
القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم **وقيل** والاصح عند ابي يوسف ان
يوخر في الفصلين اى فصل الدين وفصل العيب لانه يعتبر النظر اى ابو يوسف يعتبر النظر لان
من مذهبه ان القاضي لا يرد المبيع على البايع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلفه
القاضي بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البايع فاذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه ما لم
يستحلف صيانة لقضايه عن البطلان ونظرا للبايع والمديون فصار عنده روايتان في رواية
مثل قول محمد وفي رواية يوخرهما اعتبارا للنظر **قوله** فالعشرة بالعشرة فيكون ما اخذ من
الموكل ملكا للوكيل قال التمرتاشي هذا اذا كانت العشرة المدفوعة قايمة وقت شرايه وكان
يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن كان سوى تلك العشرة اما اذا كانت العشرة المدفوعة مستهلكة
او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق
لان الدراهم يتعين في الوكالات وكذا لو اضاف العقد الى غيرها والحكم فيه اى في الوكيل بالشراء
ما ذكرناه وهو ان يشتري الوكيل ما وكل به من مال نفسه ثم يرجع به على الموكل وقد قررناه اي في باب

الوكالة بالبيع والشراء قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله الى اخره وانما قلنا انه
وكيل بالشراء لانه يحتاج في الانفاق الى شراء ما يحتاج اليه في النفقة فيكون وكيلا بالشراء واذا كان
وكيلا بالشراء فيحتاج ان ينقد الثمن من دراهم نفسه لانه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل في
الاحوال كلها وقد يطلع في السوق بشراء شي يحتاج في النفقة فيحتاج الى ان ينقد الدراهم من مال نفسه
على سبيل الاقراض فلم يجعل متبرعا لانه خالف امر الامر لان الوكالة تعلقت بالدراهم المدفوعة بدليل
انها لو هلكت بطلت الوكالة فاذا كان مقيدا بها فنقد ماله لانه ملكه دفعه اليه لمقصوده وقد استغنى
عنه كذا في المبسوط وانما ذكر قوله وقيل هذا استحسان احترازا عن القول الثاني وهو قوله
وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وصورته ان يدفع المديون الى رجل الفا وقال ادفعها
الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل الى فلان من مال نفسه قضاء عنه في القياس يكون متبرعا حتى لو اراد
المامور حبس الالف المدفوعة لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك و قوله لانه ليس
بشراء دليل القياس يعني فلما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل
فلم يجعله متبرعا الا لزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا واما في مسئلة الانفاق رضي الامر
بثبوت الدين في ذمته للوكيل لانه امره بالانفاق والامر بالانفاق امر بشراء الطعام والشراء لا
يتعلق بعين تلك الدراهم بل يتعلق بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت
الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا واما ما ذكر في وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات الى
اخره قلنا تتعين هي في حق الوكالة اما لا تتعين في حق القضاء حتى ان المطلوب ان يدفع الى الطالب
دراهم غير ما دفعها الى الوكيل والقضاء لا يبطل بهلاكها وباعتبار الوكالة ان صار متبرعا فباعتبار
جانب القضاء لم يصر متبرعا لانها لا تتعين في حق القضاء فلا يجعل متبرعا بالشك فرجح جانب القضاء صيانة
لملكه عن الزوال بغير بدل كمن دفع الى غيره الفا ليتصرف فيها فانه يجعل قرضا لا هبة وان احتمل
الدفع هذين الامرين صيانة لملكه عن الزوال بغير بدل وكمن اعطى غيره مالا وقال لتحج به او اغزبه
في سبيل الله او انفقه على نفسك وعيالك كان قرضا حتى لو اختلفا فالقول للمعطي وكمن زوج ابنته
وسلمها مع الجهاز ثم ماتت البنت فقال الزوج هبة وقال الاب بل اعرتها فالقول للاب ويحمل على
العارية صيانة لملكه عن الزوال بغير بدل كذا ذكره المحبوبي في جامعه واحال المسئلة الاخيرة
الى شرح السير الكبير لشمس الائمة قوله فلا خلاف اي القياس والاستحسان فيما ذكرنا من مسئلة
الانفاق ولو وكله باجارة الدار والارض فله ان يوجرها بالنقد والمكيل والموزون وبالحيوان
المعين وبالموصوف بالاتفاق فاما عند ابي حنيفة فظاهر لانه كالوكيل بالبيع بالنقد للعرف ولا عرف
ههنا بان الاراضي توجر بغير النقد ايضا هكذا ذكره وفي بعض المواضع جعل الخلاف كما في البيع
ولو وكله بان يستاجر ارضا له فاخذها مزارعة لم يجز عنده لعدم رويته جواز المزارعة وعندهما
يجوز ولو وكله بالصلح عن دم عمد فصالحه على مال قليل صح عنده كالوكيل بالبيع خلافا لهما

باب عزل الوكيل

قوله اخر العزل لانه بعد الاثبات
يطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي فقيد بهذين القيدين لانه لو وكل المدعى عليه
لا بطلب المدعي يملك المدعى عليه عزله وكذا ان كان الوكيل من جانب الطالب يملك الطالب عزله
سواء كان ذلك بطلب المدعى عليه او لا وعدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما
اذا كان العزل عند غيبة الطالب وبحضوره يصح عزله سواء رضي به الطالب او لا والى هذه
القيود اشار في الذخيرة وقال مالك اذا تشبث بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله

٢٢٤ في الغيبة والحضور وعند الشافعي واحمد يجوز عزل الوكيل بالخصومة تعلق به حق الغير او لا
قوله فصار كالوكالة التي في ضمن الرهن اي الوكالة المشروطة
في عقد الرهن فان الراهن لا يملك عزله لما فيه من ابطال حق المرتهن فكذا فيما نحن فيه لان
الوكالة اذا كانت بالتماس الطالب ثبت نوع حق الطالب قبل الوكيل وهو ان يحضره مجلس
الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله بطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة معه
ايضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل اصلا لانه ان لم يمكنه مع الوكيل يمكنه
مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه وكيلا اخر وبخلاف ما اذا كان التوكيل بغير التماس الطالب
لانه رضي ببطلان حقه حيث لم يلتمس وكيلا مع علمه ان الموكل ربما يغيب فلا يمكنه الخصومة معه
قوله فهو على وكالته وتصرفه جائز عندنا وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية واحمد
وقال الشافعي في الاصح ينعزل وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية لانه بالعزل يسقط حق
نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق فانه يجوز بدون
علم المراة والعبد ولنا في انعزاله بدون علمه اضرار به لانه ربما يتصرف بناء على انه وكيل ثم يظهر
انه غير وكيل فيلحقه غرم وضمان لانه اذا نقد من مال الوكالة او سلم المبيع يضمنه فيتضرر به ولان
العزل خطاب ملزم للوكيل يمنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب
الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم النبي
عليه السلام حين لم يعلموا به وكذلك كثير من الصحابة شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم
بذلك وفيه نزول قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا الاية قوله
للوجه الاول وهو ان في العزل ابطال ولايته وهو اضرار به لان الوكيل لما زوج او طلق او باع
او اشترى على ادعائه وكالة ثم لو صح عزله بغير علمه كان تكذيبا للوكيل فيما ادعى من الوكالة وبطلا
ولايته وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه وهذا المعنى شامل للطلاق وغيره ولذا الوكيل
عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة وعند الشافعي واحمد ومالك في رواية
ينعزل وقال مالك ان كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه وفي الذخيرة بانكار الموكل
الوكالة لا ينعزل وفي شرح الوجيز وجحد الوكيل الوكالة رد للوكالة ان لم يكن لنسيان او غرض
في الاخفاء وان كان لعمد ولا غرض في الاخفاء لا ينعزل وعلى هذا جحد الموكل وانكاره قوله وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدد او العدالة في المخبر اي في فصل القضاء بالمواريث في قوله ولا يكون
النهي عن الوكالة الى اخره قوله تبطل بموت الموكل وكذا بموت الوكيل وجنونه المطبق ولا
خلاف في هذا كله قوله فيكون لدوامه حكم ابتدائه وفيه اشارة الى ان التصرف اذا كان لازما
لا يكون لدوامه حكم ابتدائه والمعنى انه اذا كان غير لازم يملك الوكيل في كل لحظة نقضه وفسخه فلما لم
يفسخ جعل امتناعه عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرف اخر من جنسه ابدا الا لتمكن بمكان المبتدي والمنشي
كما قال صاحب الكشاف في قوله اشتروا الضلالة بالهدى مع عدم هداهم كانه جعل تمكنهم من الهدى
فصار كان الهدى في ايديهم فاذا تركوه الى الضلالة استبدلوها به وقد ذكر شمس الائمة في اصول
الفقه ان ترك الفعل فعل عند اهل السنة لما فيه من استعمال احد الضدين والانتهاء عن المنهي عنه يتحقق
بالترك وذلك لان حقيقة الانتهاء الامتناع عن ايجاد المنهي عنه ولهذا يثاب بالانتهاء فلا بد ان يكون
الانتهاء امرا وجوديا حتى يكون مثابا به وليس بعد ترك الفعل في الانتهاء الا ان يجعل الممكن كالمنشي
للفعل لانه في الحقيقة ابقاء العدم على العدم الاصلي اما اذا كان التصرف لازما لا ياتي هذا المعنى

لان المتصرف لا يمكن من فسخه في كل لحظة فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء والابتداء لذلك
لان الشي انما يتصور تقديرا ان لو تصور حقيقة واذا ثبت ان للتوكيل حكم الابتداء في كل لحظة
وابتداء التوكيل لا يتصور ممن هو لا فكذا البقاء كذا قرره في النهاية وهذا معنى قوله فلا بد من قيام
الامر اي امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة وقد بطل اي امر التوكيل بهذه العوارض اي الموت والجنون
والارتداد ولا يشكل بالبيع بالخيار فانه غير لازم ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يتقرر لان الاصل
في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العوارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل
العارض لعدم بقاء الخيار بموته وفي الذخيرة انما يبطل الوكالة بالجنون اذا كان في موضع
يملك الموكل عزله اما اذا كانت لازمة بحيث لا يقدر الموكل عزله كما في الوكالة المشروطة في عقد
الرهن لا يبطل بجنونه وان كان الجنون مطبقا يعني جنون مطبق بالباء المكسورة اي دائم والحمى المطبقة
هي الدائمة كذا بخط الزرنوجي وقيل مطبقا مستوعبا من اطبق الغيم السماء اي استوعبها **قوله**
قالوا الحكم المذكور اي بقوله قبل هذا ولحاقه بدار الحرب وقيد بلحاقه لانه لو ارتد ثم اسلم
قبل اللحاق فهو على وكالته لان ملكه لم يزل قبل اللحاق بل يتوقف وباسلامه قبل اللحاق يتقرر
ملكه الا يرى انه لو باع نفسه ثم اسلم نفذ بيعه فكذا يبقى وكالته في جميع التصرفات ما خلا
النكاح فانه بالردة يخرج من كونه مالكا للنكاح بنفسه فتبطل وكالته به اصلا ثم لا يعود الا
بالتجديد كذا في المبسوط وعندهما بلحاقه وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** لان ردتها
لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل وفي المبسوط لو وكلت قبل الارتداد مثلها او مسلما لا يبطل
ولايتها وكذا تصح توكيلها حال ردتها الا ان توكل بالتزويج وهي مرتدة حيث لا يصح لانها
لا تملك ان تزوج نفسها فكذا لا يصح توكيلها به ولو زوجها الوكيل في حال ردتها لم يجز ولو
زوجها بعد اسلامها جاز كالمعتدة او المنكوحة اذا وكلت انسانا بان يزوجها فيكون التوكيل
مضافا الى ما بعد العدة والنكاح فكذا ههنا مضافا الى ما بعد الاسلام بخلاف ما اذا وكلت
في اسلامها ثم ارتدت ثم اسلمت فزوجها لم يجز لانها بالارتداد خرجت من اهلية النكاح فيكون
ذلك عزلا لوكيلها وبعد ما انعزل لا يكون وكيلا الا بتجديد **قوله** او الشريكان اي
وكل واحد من الشريكين لثالث **قوله** هذه الوجوه يبطل الوكالة في المبسوط هذا اذا
كانت الوكالة بالبيع والشراء اما لو كان التوكيل بقضاء الدين او التقاضي لا يبطل بعجز المكاتب
وحجر المأذون لان في كل شي وليه العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر بل يبقى مطالبا بايفائه
واستيفائه ولهذا ليس لمولى العبد ان يقاضي دينه ان كان عليه دين او لا لانه ان كان عليه
دين فكسبه حق غرمائه والمولى فيه كالاجنبي وان لم يكن عليه دين فوجوب المال بعقد
العبد ولا يكون هو في هذا دون الوكيل وما وجب من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الموكل المطالبة
به فههنا اولى **قوله** كالوكيل بالبيع اذا باعه اي المبيع الموكل حيث يصير الوكيل معزولا
حكما لفوات محل تصرف الوكيل او جن اي الوكيل جنونا مطبقا اما لو جن ساعة ثم افاق فهو على وكالته
وجعل هذا كالموت ذكره في التتمة **قوله** لم يجز له اي للوكيل المريد التصرف قال شيخ الاسلام
في مبسوطه هذا اذا حكم القاضي بلحاقه واليه اشار في مبسوط شمس الائمة لانه لما قضى بلحاقه
فقد موته او جعله من اهل دار الحرب فيبطل الوكالة اما قبل القضاء باللحاق لا يخرج عن الوكالة
باتفاقهم **قوله** وهذا اي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما **قوله** لمعاني قائمة به اي
بالوكيل من الحرية والعقل والبلوغ والقصد في ذلك التصرف والكل قائم وصحة التوكيل لحق الموكل

وحقه قائم ايضا بعد لحاقه ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال صار كان
لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو اغمي على الوكيل ولابي يوسف انه اي الموكل اثبات
الولاية للسفيه لا ولايته اصل التصرف وباللحاق اي القضاء باللحاق صار ميتا وبذلك ابطال ولا
يبطل الوكالة فلا يعود اي ملك السفيه كملكه في ام ولد والمدبر يعني عتق ام ولده ومدبره
بالقضاء بلحاقه وبعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما فلا يرتفع العتق فكذا الوكالة التي بطلت
لا تعود **قوله** ولو عاد الموكل مسلما الى اخره اي عاد بعد القضاء بلحاقه وبه صرح في
المبسوط وعن محمد انه اي الوكيل يعود او عقد الوكالة والفرق له اي لمحمد على الظاهر اي
على ظاهر الرواية والحاصل ان ابا يوسف سوى بين الفصلين ومحمد فرق بينهما فقال في عود
الوكيل يعود الوكالة في جميع الروايات وفي عود الموكل لا يعود في ظاهر الرواية والفرق
ان الوكالة تعلقت بملك الوكيل وقد بطل ملكه فبطلت الوكالة على البتات فاما مرده على الوكيل
لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف لعارض على شرف الزوال
كما ذكر فاذا زال العارض فصار كان لم يكن وفي السير الكبير يقول محمد يعود الوكيل على وكالته
في هذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد عاد ماله على قديم ملكه والوكالة تعلقت بقديم
ملكه فيعود بعود قديم ملكه كما لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب
بقضاء عاد الوكيل على وكالته هذا مثله كذا في المبسوط **قوله** ومن وكل اخر بشي ثم تصرف
بنفسه الى اخره ولا خلاف فيه وفي الذخيرة الاصل في جنس هذه المسائل ان الموكل متى احدث
فيما وكل ببيعه تصرفا مثل بيع الوكيل فان كان تصرفا يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة
والا فلا لانه اذا عجز عن البيع عجز عن الامتثال فبالعجز يخرج عن الوكالة فاذا باع او وهب
او تصدق وسلم او وطئ واستولد يخرج الوكيل عن الوكالة ولو وطئ ولم يستولد او اذن
في التجارة او استخدم لا يخرج الا يرى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر بيعه
فكذا وكيله ولو رهن او آجر لم يخرج في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يخرج لعدم جواز
بيع المرهون والمستأجر **قوله** او كاتبه الموكل بنفسه يعني يخرج الوكيل عن الوكالة اما
لو اسره اهل الحرب فادخلوه في دارهم فاشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري
منهم بالثمن او غنم ووقع في سهمه بالغنيمة فهو على وكالته لعوده الى قديم ملكه اما المشتري
منهم يملكه بملك جديد ولو وكله بعتق امته فاعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب
واسترقت فملكها المولى لم يجز عتق الوكيل لانه مامور بازالة الرق الذي كان فيها وقد زال
وهذا الحادث رق متجدد لتجدد سببه فلا يكون وكيلا بازالته **قوله** ففعله بنفسه اي
تزوجها الموكل بنفسه او اشتراه بنفسه كان ذلك عزلا حتى لو ابانها بعد التزوج لم يكن للوكيل
ان يزوجها اياه **قوله** لبقاء الحاجة يعني مقصود الموكل لم يحصل بمباشرة الوكيل للعقد
الاول مع بعضه ولا منافاة بين حكم ذلك العقد وبين الوكالة الا ترى ان ابتداء التوكيل بعد
تزوجه صحيح حتى اذا فارقها زوجها منه فبقاؤها اولى وذلك لانها لما لم يكن محلا عند التوكيل
لما امره صار التوكيل كالمضاف الى ما بعد صيرورتها محلا والتوكيل يحتمل الاضافة ويحصل
مقصود الموكل في ذلك ولو ارتدت تلك المراة المعينة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاسلمت فزوجها
الوكيل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما لان من اصلهما ان تسمية المراة مطلقا في التوكيل ينصرف الى الحرة
وعنده لا يتقيد بالحرة ولو كان الموكل تزوج ذات محرم رحم منها او اربعا سواها بطلت الوكالة

لان الموكل صار بحال لا يملك مباشرة العقد عليها **قوله** او واحدة وانقضت عدتها اي في
الواحدة اما في الثلاث لا حاجة الى انقضاء العدة لانه لم يبق مالكا للطلاق بعد فيعزل الوكيل اما
في الواحدة فما دامت في العدة يملك طلاقها فيبقى الوكيل على وكالته وبعد الخلع ما دامت في العدة
يملك الزوج ايقاع الطلاق عليها عندنا خلافا للشافعي فيبقى الوكيل على وكالته وبعد انقضاء
العدة بطلت الوكالة لانه يملك الايقاع عليها ولو تزوجها بعد العدة لا تعود الوكالة لانه يمكن
الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تبق ولهذا لا تعود باعتباره وعلى هذا لو ارتد الزوج
او المرأة فطلاق الوكيل يقع عليها لبقاء تمكن الزوج من الايقاع اما لو لحق الزوج بدار الحرب بطلت
الوكالة لان ذلك بمنزلة الموت كذا في المبسوط وفي الذخيرة لو قال اخلعها ثم خلعها الامر بنفسه
خرج عن الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح وما ذكر في شرح القدوري لو طلق بنفسه اذا وكله
بطلاقها خرج عن الوكالة محمول على الطلاق الثلاث او بعد انقضاء العدة لما ذكرنا **قوله** بقضاء
قاض قيد به لانه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع وذكر المسألة
في المبسوط في الرد بالقضاء من غير خلاف في جواز البيع للوكيل ثانيا ووضع المسألة في الامة ثم علل وقال
لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فعادت الى قديم ملكه واستقاض الوكالة كان حكما لزوال ملك الموكل
فاذا عاد ملكه عادت الوكالة كما لو كان الرد بخيار الشرط للبائع او المشتري او بفساد البيع او بخيار
رؤية لان هذه الاسباب يفسخ العقد من الاصل بخلاف ما لو رده بالعيب بالتراضي او بالاقالة لان
هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وفي الكافي وهذا ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه منع له عن التصرف فصار كالعزل فلا يعود وكيلا الا
بتجديد الوكالة وفي التتمة ولو باعه الوكيل فرد عليه بعيب بالقضاء كان له ان يبيعه ثانيا فكذا اذا رد
على الوكيل يعود قديم الملك فيما **قوله** لانه مختار اي الواهب مختار في الرجوع دليل عدم
الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا لما رجع فكان دليلا على نقض الوكالة وفي التتمة قال محمد لا يشبه البيع
الهبة لان الوكالة بالبيع لا تنقضي ولهذا الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة
فاذا انفسخ والوكالة باقية جاز له البيع ثانيا اما الوكالة بالهبة فتنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك
الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد بملك جديد ولا وكالة فلا يتمكن
الوكيل من الهبة ثانيا **كتاب الدعوى** اعقبها على كتاب الوكالة لما
ان الوكالة بالخصومة مفضية الى الدعوى فكان كالسبب والمسبب يعقب السبب فالدعوى
لغة اسم للادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالا والفها للتانيث فلا ينون وجمعها
دعاوي بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوي **وقيل** الدعوى لغة قول يقصد به ايجاب
حق على الغير وذكر شيخ الاسلام والمحبوبي الدعوى لغة اضافة الشيء الى نفسه بان قال لي
ومنه دعوة الولد • وشرعا اضافة الشيء الى نفسه في حالة المنازعة وفي الكافي المصدر الادعاء
افتعال من دعا والدعوى اسم له ومنه قوله تعالى دعواهم فيها سبحانك اللهم دعاؤهم فمعنا
الدعاء والدعوة بالفتح المدعاة وهي المادبة وبالكسر في النسب والمدعي عرفا من يقصد ايجاب
الحق على غيره ولا حجة له اذ بعد اقامة الحجة فتسميه القاضي محقا ولا مدعيا ولهذا يقال مسيلمة
الكذاب مدعي النبوة ولا يقال لنبينا عليه الصلاة والسلام مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزات
والمال المدعى والمدعى به خطأ فركنها اضافة الشيء الى نفسه • وشرط جوازها مجلس القضاء فالدعوى
في غير مجلس القضاء لا يصح حتى لا يستحق على المدعى عليه الجواب • وحكمها وجوب الجواب على المدعى

فكان ذلك اي الرجوع

عليه وسببها ما هو سبب المعاملات من تعلق بقاء المقدور وفي المبسوط والتحفة وجامع المحبوبي
سبب فساد ها شيئان جهالة المدعي وكونها لا يكون ملزما لجواب الخصم **قوله** ومعرفة
الفرق بينهما اي بين المدعي والمدعى عليه من اهم الى اخره وذلك لان الانسان قد يكون مدعيا صورة
ومع ذلك القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب **قوله**
واختلفت عبارات المشايخ فيه اي في الفرق بينهما **قيل** المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات
ولا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما ومدعيا
ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا
لك كان خصما بهذا القدر وقوله وهو لي فضل من الكلام غير محتاج **وقيل** من ادعى باطنا
ليزيل ظاهرا وقرار الشيء على هيئته هو المدعى عليه **وقيل** المدعي من شهد في يد غيره لنفسه
والمدعى عليه بما في يده لنفسه ولو شهد بما في يده لغيره هو مقر كذا في المبسوط وشرح الطحاوي
وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر اذ الظاهر ان الاملاك في يد الملاك والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على اخر فانكره فالمدعي شغل ذمته بحقه
والمدعى عليه هو المنكر متمسكا بالاصل وهو براءة ذمته فلو اقر بالدين وقال قضيته اياه
كان هو المدعي لان القضاء يعترض على الوجوب فكان امرا عارضا وكذا لو ادعى الابراء او التاجيل
فهو المدعي لدعواه العارض بعد الاشتغال وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر والاخر
هو المدعي وهذا صحيح ولكن الشان في معرفته اي في معرفة المنكر والترجيح بالفقه اي بالمعنى دون
الظاهر **قوله** لانه منكر اي المودع بدعوى الرد منكر الضمان اي لوجوب الضمان معنى لانه
يتمسك بالاصل اذ الاصل في الذمم البراءة ويحلفه القاضي انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه
على انه رده لان اليمين ابدا يكون على النفي **فان قيل** المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس
بثابت وهو الرد اذ الرد لم يكن ثابتا والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه كان ثابتا فينبغي
ان يكون الامر على العكس **قلنا** المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى وهو اصل والمودع يدعي
الشغل ولم يكن ثابتا ولهذا يقبل بينته اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى
فان قيل يشكل هذا بما اذا ادعى المديون دفع الدين الى وكيل رب الدين ثم حضر رب
الدين وانكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة مع ان المديون يدعي البراءة **قلنا**
المديون يدعي البراءة ههنا بعد الشغل فكان الشغل اصلا والبراءة عارضا اما في رد الوديعة فالبراءة
اصل والشغل عارض كما ذكرنا فكان القول له **قوله** حتى يذكر شيئا معلوما **اعلم** ان الدعوى
نوعان صحيحة وفاسدة والفاسد ما لا يتعلق به الاحكام بتمامها وفساد الدعوى اما ان لا يكون
ملزمة شيئا على الخصم او يكون المدعي مجهولا في نفسه ولا نعلم فيه خلافا الا في الوصية فان الائمة الثلاثة
يجوزون دعوى المجهول في الوصية فان ادعى حقا من وصية او اقرار فانهما يصحان بالمجهول ويصح دعوى
الابراء المجهول بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات
الناس وعن مالك لا تسمع دعوى الدني على الشريف اذا لم يعرف بينهما سببا وفي الذخيرة فان كان المدعى
مكيلا لا بد من ذكر جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعه انها سقية او برية او ربيعية ويذكر
مع ذلك صفتها كالحنطة البيضاء والحمراء ويذكر انها جيدة او ردية ويذكر قدرها بالكيل بانها كذا قفيزا
بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف
اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال

قوله به قبل القبض وان كان من بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفا
وكذا في الشهادة اي يكلف المدعا عليه باحضار المدعي ليشير اليه عند الدعوى والشهادة والاشارة ابلغ في
التعريف لعدم بقا الاحتمال حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها
او بعث امينا وفي المحيط قال الاسبيجابي في مسئلة سرقة البقرة لو اختلفا في لونها تقبل الشهادة عنده
خلافا لهما وهذه المسئلة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى اذ لو شرط لاحضرت
ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون ويتعلق بالدعوى اي بدعوى الصحيحة
بحرمتها وجوب الحضور اي حضور المدعى عليه والمطالبة بالجواب وعلى هذا القضاة اي على وجوب
الحضور بمجرد الدعوى الصحيحة من اجرتهم اي باجمعهم يعني الفقها والمجتهدين وذلك ثابت ايضا
بالنص قال تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله اذا فريق منهم معرضون الحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور
بعد ما طولب فدل ان الحضور يستحق عليه و**قوله** لما قلنا اشارة الى قوله كلف احضارها
ليشير اليها فان لم يكن حاضره بان كانت هالكة ذكر اي المدعي قيمتها اي قيمة العين لان العين لا يعرف
بالوصف اذ ربما يوجد اعيان كثيرة بذلك الوصف فلا يكون المدعي معلوما به والقيمة يعرف به
اي بالوصف فانه اذا قال مثلا قيمته عشرة دراهم من الفضة الجديدة او كذا دينارا من الذهب
الركني يصير قيمته معلوما بهذا الوصف كذا قيل وفي النهاية والقيمة شي يعرف العين بذلك الشي
وقال القاضيخان وصاحب الذخيرة لو كان العين غايبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر
ان بين المدعي قيمته وصفته يسمع دعواه ويقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا
ادري انه هالك او قايم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان
ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به **وقيل** لا بد من بيان قيمته وقال فخر الاسلام
اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين يسمع
دعواه وعند الايمة الثلاثة ذكر القيمة في الهالكة اكد **قوله** وقد تعذر مشاهدة
العين يعني لما تعذر المشاهدة اقيم الوصف والقيمة في الغايب مقام المشاهدة اليه اشار في المبسوط
قوله حدده اي ذكر حدوده يقول تحددت الدار احدها حدا والتحديد مثله والعقار بالفتح الارض
والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا في الصحاح وذكر اي المدعي انه اي العقار وانه
اي المدعي طالبه المدعا عليه بالمدعا لتعذر النقل اي نقل العقار ولا يمكن ان يحضر القاضي على العقار
لانه حينئذ يعجز عن اقامة حقوق الناس لكثرة الدعاوى في العقار او العقار يعرف به اي بالتحديد
قوله وان كان الرجل مشهورا كابي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن ابي ليلى وابي حفص الكبير البخاري
يكتفى بذكره اي بذكر الرجل بدون نسبته **قوله** خلافا لزفر فانه يقول التعريف لم يتم بدون
ذكره و**قوله** لوجود الاكثر دليلنا اذ اقامة الاكثر مقام الكل اصل في الشرع ثم مقدار الطول
يعرف بالحدين ومقدار العرض بذكر احد الحدين وقد يكون الارض مثلثه كذا قيل وفيه نوع تامل
قوله لانه يختلف فيه به اي بالغلط المدعى ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شرا شي بثمن
منقود فان الشهادة يقبل عليه وان سكتوا عن حبس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم يقبل كذا
قيل وفيه نوع تامل **قوله** يشترط في الشهادة حتى لو ذكروا الثلاثة من الحدود في الشهادة
قبلت شهادتهم عنده خلافا لزفر لما مر **قوله** لا يثبت اليد فيه اي في العقار الا بالبينة او علم
القاضي اما في المنقول يثبت بالاقرار ذكر في الفتاوى الصغرى لو ادعى المنقول فاقر المدعى عليه انه
في يده يقبل اقراره وفي العقار لا يقبل حتى يقيم البينة ولو انكر اليد ولا بينة للمدعي على اليد يحلفه

وباحداث اليد لا يكون صاحب اليد حتى لو غصب ارضا وزرع فيها فادعى رجل انها ارضي وغصبها
مني وزرعها فلو اثبت الغصب واحداث يده يكون هو ذا اليد والذي زرعه خارج والحكم بينهما
معلوم ذكره في عامة الفتاوى ولاصحاب الشافعي في اثبات اليد بالبينة قولان الاصح ان لا يثبت
بالبينة **قوله** نفيا لتهمة المواضعة اي يحتمل انهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي
بان العقار في يد المدعى ليحكم القاضي باليد للمدعي حتى يتصرف المدعي فيه وهو في الواقع في يد الثالث
كان ذلك قضا بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضا عند ظهور انه في يد الثالث
لان المطالبة حقه اي حق المدعي فلا بد من طلبه حتى يجب على القاضي اعانته و**قوله** وعن هذا
قالوا الى اخره اشارة الى قوله يحتمل ان يكون مرهونا او محبوسا و**قوله** لما قلنا اشارة الى
ان المطالبة حقه فلا بد من طلبه لا بد من تعريفه بالوصف اي من تعريف ما في الذمة بالوصف
مثلا ان يقول كذا درهما او دينارا بعد ذلك ان كان مضروبا يذكر نوعه بخالف الضرب او
النيسابوري الضرب وحينئذ يذكر صفته انه جيد او وسط او ردي وانما يحتاج الى ذكر
الصفة اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان نقدا واحدا فلا احتياج ولو كان في البلد نقود مختلفة
والكل في الرواج سوا ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطي المشتري البايع اي نقد شا الا
في الدعوى لا بد من تعيين احدهما وان كان احدها اروج تنصرف ذلك كالملفوظ في البيع والدعوى
فلا حاجة الى البيان وان كانت الدعوى بسبب القرض او الاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل
حال وان ادعى دراهم مضروبة والغش فيها غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكر وزنها وصفتها
وان كان يتعامل عددا يذكر عددها ● ولو ادعى الحنطة او الشعير بالامنا ومن اوصافها قيل لا يصح
هذه الدعوى وقيل يصح وفي الدر والمائة يعتبر العرف ● ولو ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح
لانكباسه بالكبس ولا بد لصحة الدعوى من ذكر الوزن ولا بد ايضا ان يذكر دقيق حنطة يابسة
او مقلوة ويذكر مع ذلك انه جيد او وسط او ردي الكل من الذخيرة **قوله** قضى
عليه اي على المدعى عليه بها اي بالدعوى ولفظ القضا هاهنا مجاز للزومه باقراره ولا حاجة الى
القضا وقد ذكر في الايضاح في هذه الصورة والطلاق لفظ الحكم على الاقرار توسع في الكلام لان
الاقرار حجة بنفسه لان الحجة ما يلزم الانسان موجبها وللانسان ولاية كاملة على نفسه فكان اقراره
حجة لا يتوقف على القضا وكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب اقراره بخلاف البينة
فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وبالقضا يصير حجة ويسقط احتمال الكذب فتبين
ان عمل القضا في حق البينة ان يصيرها حجة والاقرار حجة بنفسه فيلزمه الخروج عن موجبه ●
الخطاب في قوله عليه السلام الك بينة للمدعي من الحضرمي والكندي في حديثهما فلا بد من السوال عن
البينة لتمكنه الاستحلاف فان احضرها اي البينة قضى بها اي بالبينة قضى بها اي بالبينة لانتفا
التهمة عنها اي عن الدعوى لرجحان جانب الصدق فيها لان خبر المدعي لما عارضه خبر المدعى عليه ظهر
رجحان جانب الصدق في خبر المدعي بالبينة ويترجح جانب الصدق في خبر المدعي لا في خبر المدعا عليه
بالنص المذكور على خلاف القياس لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام الك بينة **قوله**
لا بد من طلبه اي طلب الاستحلاف كيف اضاف اليه اي الى المدعي بحرف اللام بقوله عليه السلام
لك يمينه واللام مقتضية للاختصاص والفقه فيه ان المدعي يزعم انه اتوى اليه حقه بانكاره
فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتوا بمقابلة اتوا فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع
والايتاء المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر بوجه فكان

في شرعية اليمين اظهار صدق المدعى عليه بوجه فكان فيها حقه ايضا اليه اشار في المبسوط
باب اليمين لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة ذكرها
بعد ذكر البينة واحكامها وشرايطها **قوله** لانه حاضرة البينة الحجة وهي تفعلة من البيان
لانها تظهر الصادق من الكاذب او من البين لانها تفصل بين الصادق والكاذب او تفصل الحق من الباطل **قوله**
معناه اي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر واحترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا
يجوز الحكم باليمين بالاجماع وان طلب الخصم لان اليمين حقه اي حق المدعي بالحديث المعروف وهو
قوله عليه السلم لك يمينه وفي المبسوط للمدعي غرض صحيح في الاستحلاف اذا لم يكن حاضرة في
مجلس الحكم وهو ان يقصر المسافة والمؤنة باقرار المنكر او نكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في
الحال فكان له ان يطلب يمينه بما روينا وهو قوله عليه السلم للمدعي الك بينة قال لا فقال لك
يمينه فجعل له يمين الخصم عند عدم الشهود فلا يكون له عند وجودها وفي المبسوط انما يكون المنكر
متلفا حق المدعي اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلفنا القاضي الخصم مع حضور الشهود لكان في
ذلك افتضاح المسلم اذا اقام المدعي بينة بعد ذلك **قوله** فلا يكون اي اليمين حقه اي حق
المدعي دونه اي دون العجز عن البينة اي بغير العجز عن اقامة البينة فلا يكون له ولاية الاستحلاف
قوله وفيه اي في رد اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه خلاف الشافعي فانه يقول
برد اليمين على المدعي وبه قال مالك فيما ثبت بشاهد ويمين بحبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر
كما قلنا في القصاص وقال احمد في الظاهر لا يرد كقولنا وتحقيق المسئلة بعد هذا بقوله واذا نكل
المدعى عليه الى اخره **قوله** في الملك المطلق قيد به احترازا عن الملك المقيد بدعوى النتاج
او سبب لا يتكرر او بتاريخ اسبق بالشرا من واحد فانها تقبل بينة ذي اليد بالاجماع **قوله**
الشافعي يقضي ببينة ذي اليد وبه قال مالك والقاضي من اصحاب احمد وقال احمد كقولنا ومن
اصحاب الشافعي من قال تقضى ببينة صاحب اليد مع يمينه والمنصوص عنه انه تقضى لذي اليد
بلا يمينه لتعاضد بينتها باليد اذ اليد دليل الملك **قوله** والنكاح بان ادعى نكاح امراة وهي
في يد احدهما تقضى لصاحب اليد بالاجماع ودعوى الملك مع الاعتاق بان ادعى عبدا في يد رجل
واقام بينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد بينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى
والاستيلاد بان ادعيا انها امته استولدها او دبرها وهي في يد احدهما وبرهنا فبينة ذي اليد
اولى **قوله** اكثر اثباتا او اظهارا يعني البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت مبينة
في التحقيق ومظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام في حقنا تثبت باسبابها احدث البينة
حكم الاثبات ولهذا اوجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم مضاف الى شهادتهم
احكاما فكانت اكثر اثباتا في حقنا واكثر اظهارا في الواقع وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه يستحق
ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فكانت اولى بالقبول لان البينات للاثبات فيطلب
الترجيح او لا من حيث الثبوت فان استويا حينئذ باليد كما في النتاج فانهما استويا في الاثبات
لان لكل واحد من البينتين تثبت اولية الملك لصاحبه وكذا اليد لا تدل على الاعتاق واخيه
اي التدبير والاستيلاد فان استوت البينات في الاثبات ترجح بينة ذي اليد لبيده ولان
الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث فانه يدل على ان جنس البينات في جانب
المدعين وصيه بحرف الاستغراق فلا يبقى بينة في جانب المدعا عليه اذ ليس وراء الجنس شيء
فان قيل ينبغي ان يكون في النتاج بينة الخارج اولى لانها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد

والنتاج وبينة صاحب اليد تثبت النتاج فقط **قلنا** انما رجحنا بينة الخارج لانه اكثر
اثباتا لانها تثبت الملك على خصم هو مالك وبينة ذي اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك
اذ لم يثبت الاستحقاق للخارج بمجرد اقامة البينة بغير القضا فلا يصير هو مقضيا لو قضى ببينة
ذي اليد واذا قضى ببينة الخارج صار ذو اليد مقضيا فلزيادة الاثبات رجحناها بخلاف
دعوى النتاج فان كل واحد من البينتين تثبت اولية الملك لصاحبه وذلك لا يكون استحقاقا
على غيره ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيا عليه اذا اقام البينة على النتاج حتى لو اقام البينة على النتاج
بعد القضا للخارج وجب قبول بينته فلما استويا في الاثبات رجحنا بينة ذي اليد كذا في المبسوط
وفي الايضاح بينة الخارج تثبت على ذي اليد ملكا لم يكن ثابتا فاما ذو اليد فلا تثبت على الخارج
ملكا لم يكن ثابتا فلا تقبل بينته الا على سبيل الدفع لبينة الدفع ففي النتاج بينة صاحب اليد متضمنة
دفع بينة الخارج بخلاف الملك المطلق لانه يتصور ثبوته لهما على التعاقب فلم يكن في بينة ذي اليد
ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل **فان قيل** لما تعارضت البينات يبقى الملك في يد ذي
اليد كما في الادلة الشرعية اذا تعارضت يبقى الحكم على الاصل **قلنا** الادلة الشرعية حجة
في النفي والاثبات فيتحقق التعارض وههنا البينات للاثبات لا للنفي وحاجة ذي اليد الى نفي
استحقاق الخارج فلم يتحقق التعارض فلما لم يعارض بينة ذي اليد بينة الخارج صار وجودها
كعدمها وعند عدمها يحكم ببينة الخارج فكذا عند وجودها اليه اشار في المبسوط وفيه نوع تامل
قوله بل يرد اليمين على المدعي وقد بينا الخلاف فيه وكذا اذا لم يكن للمدعي الا شاهد واحد
وعجز عن اقامة شاهد اخر فانه يرد اليمين عليه عند الشافعي ومالك واحمد فان حلف يقضى له
وان نكل لا لما روي انه عليه السلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ولنا قوله
عليه السلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ومطلق التقسيم يقتضي انتفاء المشاركة فدل ان جنس
الايمان في جانب المدعى عليه اذ اللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص
وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا
فلا يعارضه حتى ان يحيى ابن معين رده مع انه يحتمل انه قضى بشاهد المدعي ويمين المدعى عليه اذ ما
روي انه قضى بيمين المدعي وهذا البحث بتمامه مذكور في بيان الوصول شرح الاصول واحتج
الشافعي في رد اليمين بما روى الدارقطني عن ابن عمر انه عليه السلام رد اليمين على طالب الحق ولان
الظاهر شاهد للمدعي بنكول المدعى عليه فيعتضد بيمينه كالمدعا عليه ولان النكول يحتمل ان
يكون تورعا عن اليمين الكاذبة ويحتمل الترفع عن الصادقة كما فعله عثمان فانه نكل عن اليمين وقال
اخاف ان يوافقه القدر فيقال ان عثمان حلف كاذبا ويحتمل ان يكون لاشتباه الحال والمحتمل
لا يكون حجة ولنا ما روينا من قوله عليه السلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فدل ان جنس
الايمان على المنكر كما ذكرنا وادعى زيد ابن ثابت عند عثمان على ابن عمر انه باعه عبدا يعلم عيبه فقال
عثمان لابن عمر احلف ما بعته وبه عيب علمته فابى ابن عمر ان يحلف فرد عليه العبد ولم يرد اليمين
وما روي غريب لا يعارض الحديث المشهور مع انه يحتمل انه عليه السلم رد اليمين عليه برضا المدعا
عليه صلحا ولان اليمين واجبة عليه بالحديث وترك هذا الواجب دليل على انه باذل حق المدعي
عند ابي حنيفة او مقر بحقه عندهما اذ لو لم يكن كذلك لا قدم عليها تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا
للضرر عن نفسه والشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح جانب
التورع في نكوله فيكون النكول اما بدلا او اقرارا ولا يجوز ان يكون لاشتباه الحال اذ لو كان

كذلك لا يستمهل من القاضي لينكشف عليه الحال لما قدمنا اشاره الى قوله عليه السلم البينه
على المدعي الحديث وما روى ان عثمان ادعى مالا على المقداد عند عمر فقال المقداد ليحلف عثمان
لي وياخذ حقه فقال عمر لقد انصف المقداد وما روى عن على انه حلف المدعي بعد نكول
المنكر ليس بحجه للخصم لان المقداد ادعى الايفا على عثمان او كان ذلك برضى المقداد وما روى عن
على كان بنا على مذهبه انه يحلف المدعي مع تمام حجة القضا بالبينه مع انه كان يحتمل انه كان
ذلك برضى المدعا عليه صلحا وفي المبسوط والاسرار مذهبنا مويد باجماع الصحابة وروى
عن على موافقه الاجماع فانه روى عن شريح في المنكر طلب منه رد اليمين الى المدعي فقال
ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي على فقال له على قالون وهي بلغه الروميه اصبت
وعن عمر ان امراه ادعت على زوجها انه قال لها حبلك على غاربك يحلف عمر الزوج بالله ما
اردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقه وكذا روي عن ابن عباس وهو مذهب ابي موسى الاشعري
قوله لا علامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفا لانه مجتهد فيه فان عند الشافعي
لا حكم بالنكول بل برد اليمين كما ذكرنا وكان مظنة الخفا **قوله** لما قدمنا اشاره الى قوله ان النكول
بدل او اقرار **قوله** وهو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا لو قضى بالنكول
بعد العرض مره لا ينفذ وفي الكافي والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف
ومحمد وبه قال احمد والجمهور على انه للاحتياط وبه قال مالك والشافعي **قوله** وحكمه اي
حكم السكوت كحكم الاول وبه قال الايمه الثلاثه والطرش هو من الصمم وفي المجتبى يشترط ان يكون
القضا على فور النكول عند البعض وقال الخصاف لا يشترط حتى لو استمهله بعد العرض ثلثا يوما
او يومين او ثلاثه فلا بأس به وبه قال الايمه الثلاثه وفي الفصول لو كان الاستحلاف عند غير القاضي
كان المدعي على دعواه لان المعتبر يمين قاطعه للخصومة ولو قال المدعي ان حلف المدعى عليه فانا بري
او قال فدعواي باطلة لا يبطل دعواه حتى لو اقام بينه بعد يمين الخصم تسمع بينته وفي المبسوط بعض القضاة
من السلف لا يسمع البينه بعد يمين الخصم وكان يقول كما يترجح جانب الصدق بالبينه في جانب المدعي
ويتعين ذلك حتى لا يصار الى يمين المنكر فكذا يتعين جانب الصدق في جانب المدعى عليه بحلفه فلا يلتفت
الى بينه المدعي بعد ذلك ولسنا ناخذ بذلك وانما ناخذ فيه بقول عمر فانه جوز قبول بينه المدعي
بعد حلف المدعا عليه ويقول شريح اليمين الفاجرة احق بالرد من البينه العادلة وبه قال الايمة
الثلاثه ونحن لا نقول يتعين الصدق في جانبه بحلفه بل نقول ينقطع الخصومة بحلفه وبعد ظهور البينه
هل يظهر كذب المدعى عليه عند محمد لا يظهر وعند ابي يوسف يظهر والفتوى في دعوى الدين
اذا ادعاه من غير سبب فحلف ثم اقام بينه يظهر كذبه ولو ادعى الدين بسبب وحلف ثم اقام المدعي
بينه على السبب لا يظهر كذبه لجوازانه وجد القرض ثم وجد الابرا او الايفا كذا في الفصول وفي
النوازل لو ادعى دعاوي متفرقه لا يحلفه القاضي على كل شي يمكن جمعها في يمين واحده وفي البسيمه لو
ادعى دينا في التركة وقال كل التركة في يد هذا يحلف وجاز بالله ما وصل اليه شي من التركه ولا يعلم
ان له دينا على ابيه **وقيل** يحلف يمين على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه
قال عامة المشايخ واجمعوا ان المدعي بعد اقامة البينه يحلف انه ما استوفاه ولا ابراه وان
لم يدع الخصم ولا نعلم فيه خلاف **قوله** واللعان يعني اذا ادعت المراه على زوجها القذف
بالزنا وانكر الزوج وارادت الاستحلاف **قوله** يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
وبه قال الشافعي لكن عنده يجري في حد القذف والقصاص ولا يجري في الحدود الخالصه وقال

مالك واحمد لا يجري التحالف فيما لا يثبت الا بشاهدين ذكرا الخاقاله بالحدود وعن احمد في رواية
يجري في القصاص وحد القذف والطلاق والعتاق هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا فان
كان المقصود دعوى مال بان ادعت انه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها ولها عليه نصف المهر
وانكر الزوج يستحلف بالاجماع وفي جامع قاضي خان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما
وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعي فان راه متعنتا ياخذ بقولهما ويحلفه وان كان
مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله وعليه بعض المتاخرين من مشايخنا **وكيفية الاستحلاف**
عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المراه هي المدعيه بالله ما هذه المراة امراتك بهذا النكاح
الذي ادعته ولو كان الزوج هو المدعي بالله ما هذا زوجك على ما ادعى وفي ادب القاضي للصدر
الشهيد ولا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا بان قال ان زنيت
فانت حر فادعى العبد انه قد زنا ولا بينه له يستحلف المولى على العلم حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا
وقوله على ما قدمناه اشارة الى قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامه للواجب ودفعا
للضرر عن نفسه وهو ايضا الحول لنفسه ونفي تهمة الكذب **قوله** او بدلا بفتح الدال المهمله
اي خلفا عن الاقرار وهذا في الحقيقة جواب عن شبه ترد على كون النكول اقرارا عندهما احدها
ما لو اشترى بصفقة ثم اشترى النصف الثاني ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فنكل
فلو كان النكول اقرارا للزمه النصف بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة **قلنا**
ان النكول ليس باقرار في نفسه ولكن يحل مقام الاقرار حلفا عنه لقطع الخصومه فيقوم النكول
مقام الاقرار بعد الحاجه الى دفع الخصومة فكان كالاقرار في المره الاولى لا في الثانيه وثانيها
الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل كما
في الاقرار به **قلنا** وان كان كالاقرار فهو امر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله
فيلزمه خلافه اما اذا اقر فهو شي لزمه باختياره الاقرار فانه كان يمضي عن عهده الدعوى بالسكوت
او النكول فيلزمه الضمان ولا يرجع به على الموكل وثالثها ما لو كفل بما ذهب على فلان فادعى
المكفول له مالا على فلان فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به على الكفيل
كما لو اقر **قلنا** انهما يقولان النكول بدل عن الاقرار في قطع الخصومة لا ان يكون اقرارا حقيقة
ولهذا لا يثبت الدعى عليه بنفس النكول حيث ثبت المدعى بنفس الاقرار كذا في الجامع والمبسوط والاسرار
والفوايد الظهيريه ولابي حنيفة انه اي النكول بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل
والاباحة فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وعكسها الاموال وفي الفوايد الظهيريه
تفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مقر بالهبة والتمليك ولهذا لو ادعى نصف
دار فانكر المدعا عليه فحلف فنكل يقضى بالنكول وهبه نصف الدار شايعا لا يصح لان هبه المشاع
فيما يحتمل القسمه لا يصح **قوله** لان معه اي مع البذل لا يبقى اليمين **فان قيل** هذا المعنى
مشترك فاليمين لا يبقى مع الاقرار ايضا فما وجه ترجيح كونه بذلا **قلنا** لو جعلنا اقرارا كان فيه
تناقض لانه انكر اول مرة فلا نظن بالمسلم الكذب فيجعل بذلا **فان قيل** وجوب الحكم على
القاضي بالنكول دليل على انه اقرار لا بذل لان البذل يبيح الاخذ للمدعي ولا يلزم القاضي ان يقضي
به كالصلح على الانكار **قلنا** اذا كان بذلا من العبد صريحا لا يلزم القاضي اما النكول بذل بحكم
الشرع لما ان المدعي يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا منازعة المنكر بيمينه او بدمه والشرع اطلقه
الى اليمين فلما منع المنكر اليمين عاد الامر الاصلي بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعته **فان قيل**

يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولا يعمل فيها البدل حتى لو قال اقطع يدي لا يحل قطعه **قلنا**
البدل عامل اذا كان مفيدا كما لو قال لآخر اقطع يدي وبها اكلة حل القطع ولم ياثم وبغير اذنه
ياثم وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يتحرز به عن اليمين الكاذبة وله ولاية الاحتراز عن اليمين بخلاف
ما لو قال جزافا اقطع يدي فلا يحل لانه لا فايدة فيه بل فيه ضرر محض اليد المار في الاسرار **فان قيل**
هذا التعليل يخالف الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام اليمين على من انكر **قلنا** خص منه
الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس و **قوله** الا ان هذا بدل لدفع الخصومة
جواب سوال مقدر وهو ما ذكره في الاسرار ان النكول لو كان بدلا لا يصح ان لا يملكه المكاتب والماذون
لما ان في البدل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فقال في جوابه انهما يملكان لما لا بد له من
التجارة كما في الضيافة اليسيرة وبذلنا بالنكول من جملة ذلك **قوله** وصحته في الدين اي صحة
القضاء بالنكول وهذا جواب سوال وهو ان يقال لو كان بدلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان
لا الديون اذ الديون اوصاف والبدل والاعطاء لا يجري في الاوصاف وقال في جوابه وصحته
وصحته في الدين بناء على زعم المدعي الى آخره يعني معنى البدل هنا ترك المنع وكان المدعي ياخذ منه
بناء على زعمه انه ياخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جايز في الاموال لان امر المال هين
واما امر هذه الاشيا فليس بهين فلا يجوز ترك المنع فيها **قوله** فان نكل اي السارق ضمن ولم
يقطع والاحلاف فيه انما عند الشافعي برد اليمين على المالك لما ان مذهبه ان بمجرد النكول لا يحكم قال
المرغيناني والمحبوبي انما يستحلف السارق اذا اراد المالك اخذ المال دون القطع لان المال يثبت
مع الشبهات فيثبت بالنكول اما الحد لا يثبت بالشبهات فلا يجب بالنكول بالاجماع وعن محمد ينبغي
للقاضي ان يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع لا يستحلف وان قال اريد المال فالقاضي
يقول له دع دعوى السرقة واشتغل على دعوى المال **قوله** ادعت طلاقا قبل الدخول وفايدة
تغيير صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي ليعلم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان تكون الدعوى
في كل المهر او نصفه وسوا كان دعوى المهر في ضمن الطلاق او بدونه لانه ذكر بعد هذا صورة
دعوى جميع المهر مع بقاء النكاح بقوله وكذا في النكاح اذا ادعت هي الطلاق **قوله** كالارث
صورته ادعى رجل على رجل ان المدعي اخو المدعا عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعا عليه او
طلب فرض النفقة على المدعا عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان نكل يقضى
بالمال لا بالنسب • والحجر في اللقيط صورته ان اللقيط صبي لا يعبر عن نفسه فادعت امراة انه
اخوها ولها الحضانة وتريد قصر يد الملتقط فانكر الملتقط الاخوة يستحلف فلو نكل يثبت لها حق نقل
الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب وكذا لو ادعى النفقة بسبب الاخوة وهو زمن فانكر المدعى عليه
الاخوة يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة ولا يقضى بالنسب و صورة امتناع
الرجوع في الهبة ان الواهب اراد الرجوع فقال الموهوب له انا اخوك فلا رجوع لك فالواهب يستحلف
فان نكل يثبت الامتناع من الرجوع ولا يثبت النسب ذكر هذه الجملة في ادب القاضي للصدر الشهيد
وغيره **قوله** وانما يستحلف في النسب المجرد قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى المال كما
ذكرنا اذا كان يثبت النسب باقراره اي بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار وكل نسب
لو اقر به المدعى عليه يثبت بالنكول ايضا بيانه ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى
واقرار المراة يصح بالاب والزوج والمولى ولا يصح في حق الابن لان فيه تحميل النسب على الغير فكان
اقرارا على الغير فلا يصح فلو ادعى انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا يستحلف عندهما لانه لو اقر

اقر به ثبت فيستحلف رجاء النكول الذي هو اقرار ولو ادعى انه اخوه او عمه او نحو ذلك
لا يستحلف لانه لو اقر به لا يثبت لان فيه تحميل النسب على الغير **قوله** والمولى والزوج في
حقهما اي في حق الرجل والمراة فان الاقرار بالولاء والزوجية يصح من الرجل والمراة فيستحلف رجاء
النكول فيهما عندهما **قوله** استحلف بالاجماع ولا خلاف فان نكل عن اليمين فيما دون
النفس يلزمه القصاص عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي ومالك بعد حلف المدعي واحمد في رواية
ولو نكل في النفس لا يقتص منه عند ابي حنيفة وبه قال احمد بل يحبس حتى يحلف او يقر وعند الشافعي
ومالك واحمد رواية يقتص ايضا بعد حلف المدعي **قوله** لتعذر من جهة من عليه وتعذر امتناع
القصاص لمعنى من جهة من عليه لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال
ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامراتين والشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء فامتنع
القصاص من جهة من له فلا يجب المال لان الاصل ان المال مشروع فيه اذا اضيف العذر الى من
عليه اعتبارا بالخطا اما اذا اضيف العذر الى من له القصاص لا يجب المال لان الطالب يدعي
القصاص ويتبرا من المال فكيف يقضى بالمال وفيما نحن فيه اضيف العذر الى من عليه حيث لم
يصرح بالاقرار فاشبه الخطا وثم اضيف الى الولي الذي اقام تلك البينة فلم يجب المال ونظيره
اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد يجب المال وبعكسه لا يجب المال ولابي حنيفة انما يستحلف في
النفس وان كان لا يقضى بالنكول لان اليمين حق مقصود لتعظيم امر الدم واليمين مهلكة معنى
صالحة للتعظيم ولهذا شرعت مكررة في القسامة فاذا نكل فقد امتنع من ايفاء حق مقصود فيحبس
الى ان يحلف او يقر كما اذا التعن الزوج ونكلت المراة عن اللعان وفي ساير ما تقدم اليمين ليس
بحق مقصود وانما المطلوب منه القضاء بالنكول فما لا يجوز القضاء فيه بالنكول لا يشتغل
بالاستحلاف فيه كذا في جامع شمس الايمة وفخر الاسلام • اما الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال من حيث ان الاطراف خلقت وقاية للانفس كالاموال فلما كان كذلك جرى البذل في
الاطراف كما في الاموال ولهذا لو قال اقطع يدي فقطعه لا يضمن شيا وهذا اعمال للبذل على
الانفس حيث لا يجري البذل فيها ولهذا لو قال لآخر اقتلني فقتله يوخذ بالقصاص في رواية وفي
السمه تجب الدية في قول علمائنا الثلاثة ذكره التمرتاشي و **قوله** هذا اعمال للبذل اشارة
الى عدم الضمان و **قوله** الا انه لا يباح القطع جواب اشكال وهو ان يقال لو كان الاطراف
كالاموال ينبغي ان يباح القطع بالبذل كما يباح المال بالبذل فقال في جوابه انما لا يباح القطع
لعدم الفايدة كما هو في المال كذلك بان قال الق مالي في البحر او احرقه حيث لا يباح اليه اشار
فخر الاسلام ولهذا لو كان القطع مفيدا بان وقع في يده اكلة فقال لآخر اقطع يدي حل له
قطعه ولو قطعه لا يجب عليه شي والبذل ههنا مفيد لانه يصير متورعا عن اليمين او صادقه
ويندفع خصومته عنه فصار كقطع السن للوجع بخلاف القطع في السرقة فان القطع فيها خالص
حق الله تعالى فلا يحتمل الشبهة اما القصاص فحق العبد الذي سلك مسلك الاموال فيجب مع الشبهة
كالاموال **قوله** يحبس به اي بحق اليمين كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى
يقروا او يحلفوا **قوله** استحسان عندنا قيد به لان في القياس ان لا يوخذ كفيلا قبل اقامة
البينة لعدم تعلق حقه بمجرد الدعوى وهو مذهب الشافعي وفي شرح الوجيز والقضاة اعتادوا
خلاف هذا وعن بعض المتاخرين من اصحابه ان الامر فيه الى راي الحاكم اما بعد اقامة البينة قبل
التعديل يطالب بالكفيل الى ان يعدل واخذ الكفيل بعد اقامة البينة قياس واستحسان عندنا

قوله حتى تعدى عليه من الاعدا على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه
اي استعان به فاعداه الامير اي اعانه عليه ونصره وفي المبسوط الاستحصار الى بابه بمجرد
الدعوى لما فيه من النظر للمدعي فكذا اذا اخذ الكفيل لما فيه من النظر له وليس في التكفيل
كثير نظر بالمدعا عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفا لا يتضرر به وان كان قصده الاختفا يكون
ظالما ولا ينظر له قوله هو الصحيح احترازا عما روي عن ابي يوسف انه يقدر بما بين
مجلس القاضي قوله ولا فرق في الظاهر اي في ظاهر الرواية وعن محمد انه ان كان معروفا
والظاهر من حاله انه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطا الكفيل اما لو اعطى يوخذ وكذا
اذا كان المدعي حقيرا والظاهر ان المرء لا يخفى نفسه بذلك لا يجبر على اعطا الكفيل قوله
شهودي غيب بفتحتين على التخفيف او بضم الغين على التثقيل وغيب مثل خادم وخدم واما غيب
فقياس كذا في المغرب قوله فان فعل اي اعطى الكفيل والا امر اي ان ابى ولم يعط امر
بملازمته اي دار معه حيث سار حتى لا يغيب قوله والاستثنا اي استثنا المذكور بقوله
الا ان يكون غريبا ينصرف اليهما اي الى الملازمة والتكفيل وهذا التفسير انما يحتاج اليه على
رواية القدوري لانه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في تقدير الملازمة ولا التكفيل
ومدته وانما قال فان فعل والا امر بملازمته الا ان يكون غريبا على الطريق واما ههنا فقد ذكر
الملازمة ومدتها ومدة التكفيل فلا يحتاج الى قوله والاستثنا ينصرف لانه ذكر مع كل واحد
باستثنا واحد قوله زياد على ذلك اي على مقدار مجلس القاضي وذكر الصدر الشهيد في
ادب القاضي هذا اذا علم انه مسافر اما اذا اشكل على الحاكم امره فانه يسال عنه اهل محلته او
اصحابه او يحلفه عليه او ينظر في زيه وله ان يطالبه بالوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم
البينة على الوكيل فيقضي عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل واذا
اعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه كفيلا بنفس الاصيل لو كان المدعي دينا لان الدين يستوفى
من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان
الاستيفا من الاصيل قد يكون ايسر ولو كان المدعي منقولا له ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين
ليحضرها بعينه المدعى عليه ولو كان المدعا عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يحتمل التغييب وصح
ان يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما ولو اقر وغاب قضي
لان ذلك قضى اغابه ولو اقيمت البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال
غيبته في ظاهر الرواية لان له حق الجرح في الشهود وعن ابي يوسف انه يقضي وبه اخذ
الخصاف والائمة الثلاثة والله اعلم

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما ذكر نفس اليمين اي في اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لما ان الصفة تقتضي سبق الموصوف
وكيفيته التي صفته قوله لقوله عليه السلام اول الحديث لا تحلفوا ابائكم ولا بالطواغيت
من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وفي المبسوط الحر والمملوك والرجل والمراة والفاسق
والصالح والكافر والمسلم في اليمين سوا لان المقصود هو القضا بالنكول وهولا في اعتقاد الحرمة
في اليمين الكاذبة سوا قوله ويوكد بذكر اوصافه اي اوصاف الله تعالى وهو التغليظ بان
يقول والله الذي لا اله الا هو الى اخره وله ان يزيد على هذا بان يقول الطالب الغالب المدرك
المهلك الذي يعلم السر واخفى الى غير ذلك من اسمايه وصفاته ويذكر صفاته بدون حرف العطف
حتى لو قال والله والرحمن والرحيم صارت ايمانا وانما جاز ذلك لان المقصود من الاستحلاف النكول

واحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله والاصل
فيه حديث ابي هريره في الذي حلفه بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي
لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فالراي في ذلك الى القاضي وفي شرح الوجيز واستحب الشافعي ان يقرا على الحالف قوله تعالى ان
الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا وان يحضر المصحف ويوضع في حجر الحالف وذكر
بعض اصحابه يحلف قايما زياده في باب التغليظ الا انه يحتاط والمراد من الاحتياط ما ذكرنا انه
بذكر الاسما والاوصاف بدون حرف العطف لانه اذا ذكر بالواو صارت ايمانا والمستحق يمين
واحدة قوله لما روينا وهو قوله عليه السلام من كان منكم حالفا الحديث ولقوله عليه السلام
ملعون من حلف بالطلاق وحلف به ذكره في المحيط قوله لقلة المبالات باليمين بالله تعالى
وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق وفي الذخيره التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظه لم يجوزه
اكثر مشايخنا واجازه البعض يعني بانه يجوز ان مست الضروره واذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتى
بان الراي الى القاضي وفي الفصول الاستروشني ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول
لانه نكل عما هو منهي شرعا وكذا لو حلفه به وحلف ثم حلفه بالله انك حلفت صادقا فنكل عن هذا
اليمين لا يقضى عليه بالنكول لان حقه في اليمين مرة وفيه لو انكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي
ولو قال المنكر الشاهد كاذب واراد تحليف المدعي ما يعلم انه كاذب لا يحلفه ولو قال المنكر
هذا الشاهد اقر بطلان هذه الشهادة ان المحدود ملكي واراد تحليف الشاهد او المدعي لا يحلف وفي
المبسوط امرنا باكرام الشهود وليس من الاكرام استحلافهم لان الاستحلاف ينبني على الخصومه ولا
خصم للشاهد وفي فتاوى قاضي خان اراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا
يجيبه القاضي لان ذلك حرام شرعا وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح في ظاهر الرواية وفي
الخلاصة ولو حلف بالطلاق فنكل وقضي عليه بالمال لا ينفذ قضاوه قوله ابن صوريا
هو اسم اعجمي بالقصر ذكره في المغرب والنشد التحليف من حد نصر وفي المغرب نشد الضالة طلبها ومنه
قولهم في الاستعطاف نشدتك ونشدتك الله وبالله اي سالتك بالله وطلبت اليه بحقه قوله
وهكذا ذكر محمد في الاصل وفي المبسوط وكانه وقع عند محمد ان المجوس يعظمون النار تعظيم العباده
فالمقصود النكول فاذا ذكر ذلك في اليمين وبه قال الشافعي في وجه وهو اختيار بعض مشايخنا وقول
ابي حنيفة وابي يوسف والايمه الثلاثه لان النار كساير المخلوقات فلما لم يستحلف المسلم بالله الذي
خلق الشمس فكذا لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وكذا ساير اهل الشرك لا يستحلفون
بالله الذي خلق الصنم او الوثن وان كانوا يعتقدون تعظيم ذلك والفرق لمحمد انه جوز في المجوسي تغليظ
اليمين ذكر النار ولم يجوز في ساير المشركين انا امرنا باهانة الصنم والوثن لانه اتخذ الها وما امرنا
باهانة النار لانها لم يوجد الها كذا في الفوايد الشاهيه قوله ولا يحلفون في بيوت عباداتهم
الى اخره وعن ابي الخطاب الحنبلي ان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا فيها كاذبين حلفوا
فيها وبه قال مالك في روايه وروى ابن القاسم ان الكتابي يحلف بالله ولا يراد الذي انزل التوريه
او الانجيل ولنا ما روى ابو هريره انه عليه السلام قال يعني لليهود نشدتكم بالله الذي انزل
التوريه على موسى ما تجدون في التوريه على من زنا رواه ابو داود قوله ولا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ومكان وبه قال احمد وقال الشافعي في قول يستحب التغليظ بمكان وزمان وفي
قول يجب التغليظ بمكان وزمان وبه قال مالك في دعوى دم ونكاح وطلاق ورجعة وايلا ولعان

وعتق وحدّ و وكالة وولاء وحايه وكل ما ليس بمال ولا القصد منه المال حتى يجرى في الولادة والرضاع
وعيوب النسا ومال كثير وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالا ومن الفضة مايتا درهم وفيما دون
ذلك لا يغلظ فيما يقطع فيه يد السارق وهو ربع دينار وعن ابن جرير الطبري انه قال يغلظ في كل قليل
وكثير كذا في شرح الوجيز والحليه ويخص المكان ان كان بمكة بين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند
قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي ساير البلاد في الجوامع وكذلك يشترط
يوم الجمعه وبعد العصر ومن به مرض او زمانة لا يغلظ عليه بالمكان وكذا على الحايض والمخدره على
باب الجامع كذا في كتبهم للشافعي ما روي في بعض الاثار وروي ان عبد الرحمن بن عوف راى قوما
يحلفون بين المقام والبيت فقال اعلى دم قالوا لا قال افعلى عظيم من المال قالوا لا قال خشيت ان
يتهاون الناس بهذا البيت ويروى يهاب الناس يقال يهاب بالشي اذا يستحي سقط هيبته ●
ولنا اطلاق قوله عليه السلم واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة عليه
فلا يجوز بخبر غريب ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك الى اخره ولان اليمين
سبب لقطع الخصومة فلا يختص بمكان وزمان كالبينه ولان في التغليظ بالزمان تاخير حق المدعي كذا
في المبسوط وشرح الاقطع **قوله** وفي النكاح ما بينكما نكاح قايم وهذا على قولهما لما
ان الاستحلاف في النكاح قولهما **قوله** بتصور المدعا عليه لانه لو حلف على نفي اصل السبب كالبيع
ونحوه يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب تسليم العبد العايد الى ملكه بالاقالة لانه لو ادعى المعنى
الطاري لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد وفي المدعي والمدعا عليه حقهما لعلمنا ان مقصود
المدعي من دعوى المبيع ونحوه ثبوت الحكم ومتى امكن ايفاع حقهما كان اولى من اتفاق احدهما وابو
يوسف يقول اليمين حق المدعي فوجب ان يكون مطابقا لدعواه والمدعا هو السبب **قوله**
الا اذا اعرض وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت ايها
القاضي ان الانسان قد يبيع شيا ثم يقال فيه فحينيذ حلف على الحاصل وصار العدول عن اليمين على
مقتضى الدعوى حقا للمنكر حين طالب به كذا في شرح الاقطع وفي فتاوى قاضي خان التعريض ان
يقول المنكر حين عرض اليمين للقاضي ما حلفني على هذا الوجه فان الانسان الى اخر ما ذكرنا ثم قال فيه
وبه اخذ بعض مشايخنا وقال الحلوانى ينظر الى جواب المنكر دعوى المدعي اذا انكر السبب بان
قال ما استقرضت ولا غصبت يحلف على السبب وان قال ليس له على هذا المال الذي يدعي ولا
شي منه يحلف على الحاصل قال رحمه الله هذا هو الاحسن وهكذا ايضا في الذخيره وهذا هو الذي
ذكرنا في المتن بقوله وقيل ينظر ان انكر السبب الى اخره وعليه عمل اكثر القضاه وقال فخر الاسلام
يفوض الى راي القاضي ويقول الحلواني قال ملك واحمد والشافعي في وجه وفي وجه كقول ابي
يوسف **قوله** والحاصل هو الاصل اي التحليف على الحاصل اصل عندهما وهو ان يقول بالله
ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه **قوله** فحينيذ حلف على السبب بالاجماع **فان قيل**
في التحليف على السبب ضرر بالمنكر ايضا لجواز انه اشترى ولا شفعه بان سلم او سكت عن الطلب
قلنا القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب
الموجب للحق هو الشرا واذا ثبت له الحق وسقوطه انما يكون باسباب عارضه فيجب التمسك
بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي **قوله** وذلك
مثل ان يدعي اشارة الى ما كان من التحليف على السبب يرد النظر في جانب المدعي **قوله** فالتحليف
على السبب بالاجماع بان قال والله ما اعتقت ● وعليه اي على العبد الكافر بعض العهد واللحاق

والسبى بعد ذلك والعبد المسلم اذا ارتد قتل فلا يمكن تكرر الرق عليه وفي بعض النسخ وعليها
مكان وعليه وهو بعد **قوله** حلف على الثبات واصله اي التحليف في الشرع على نوعين
على الثبات وعلى العلم وكلاهما مشروع فانه عليه السلم حلف اليهودي في القسامه بالله ما قتلتم
ولا علمتم له قاتلا والتحليف على فعل المدعا عليه بالبت وعلى فعل غيره قال شريح وقال النخعي والشعبي
والبصري كلها على العلم قال الحلواني هذا اصل مستقيم ان التحليف على فعل الغير في المسايل الا في الرد
بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق واثبت اباقه وسرقته في يد نفسه وادعى انه
سرق او ابق في يد البايع واراد تحليف البايع حلف على الثبات مع انها فعل الغير لما ان البايع ضمن تسليم
المبيع سليما عن العيب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على الثبات وقيل ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال الحالف لا علم لي بذلك اما لو قال لي علم بذلك يحلف على الثبات الا
ترى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعه مني فانه يحلف المودع على الثبات وكذا
الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البايع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول
الوكيل مع يمينه ويحلف على الثبات وهذا يحلف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك
فانه قال قبض الموكل الثمن وكان له علم بذلك فيحلف على الثبات كذا في الفصول واجيب عنه ان هذا
يحلف على فعل نفسه وهو التسليم والرد من حيث المعنى **قوله** والشراء سبب ثبوت الملك
وضعا الى اخره **فان قيل** الارث سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف في الارث
على العلم **قلنا** معنى قوله الشرا سبب لثبوت الملك وضعا اي سبب يثبت الملك باختياره ولو لم
يعلم المشتري ان العين الذي اشتراه ملك البايع لما باشر الشرا اختيارا وكذا الموهوب له في قبول
الهبة خلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يستحلف
بالعلم اليه اشار فخر الاسلام في جامعه وفي المحيط والفقه فيه ان الوارث خلف عن الميت والنايب
لا يجري في اليمين حتى يحلف على البات كالمورث ولا كذلك المشتري لانه اصل بنفسه لا نايب عن
غيره وذكر اللامشي في كل موضع وجبت اليمين على العلم يحلف على البات سقط عنه الحلف على
العلم فاذا انكل يقضى عليه وفي كل موضع وجبت على البات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا
نكل عن اليمين لا يعتبر ذلك النكول كذا في الفصول **قوله** فافتدى يمينه او صالحه فالافتدا
قد يكون بمال هو مثل المدعا وقد يكون اقل من المدعا والصلح انما يكون على اقل من المدعا في الغالب
لان الصلح ينبي عن الحطيطة وكلاهما مشروع وهي مسلة الصلح على الانكار فيجوز عندنا وملك في رواية
واحمد ولا يجوز عند الشافعي ويجي في الصلح ان شاء الله وهو اي افتدا اليمين مروي عن عثمان اخلفت روا
الكتب ان عثمان كان يدعا عليه من ذلك او مدعيا في الفوايد الظهيريه كان مدعا عليه فافتدى يمينه
فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر مصيبة فيقال هذا بسبب يمينه وفي المبسوط
ذكر انه كان مدعيا فادعى مالا على مقداد وقد مر في مسلة رد اليمين على المدعي ● وعن حذيفة انه افتدى
يمينه بمال ولانه لو حلف يقع في القيل والقال فان الناس بين مصدق ومكذب فاذا افتدى يمينه فقد صان
عرضه وهو حسن قال عليه السلم ذبوا عن اعراضكم باموالكم ● وعن علي ابا ال وما يقع عند الناس انكاره
وان كان عنده اعتذاره فليس كل سامع نكرا تستطيع ان توسعه عذرا **قوله** لانه اي المدعي
اسقط اليمين بالفدا او الصلح لانه اخذ بدله اما لو اشترى يمينه بعشره دراهم لم يجز وله ان يستحلفه
لان الشرا عقد تمليك المال واليمين ليست بمال ذكره قاضي خان والمرغيناني والمحبوبي ●

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين

اذ الاسر بعد الواحد **قوله** ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما وفي
المبسوط صورته قال البايع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتني معها هذا
الوصيف بخمسين دينارا واقاما البينة فهما جميعا للمشتري بمائة دينار او بعتني بالعقدين لان
كل واحد منهما اثبت زيادة في حقه فيقبل كل واحد على ما اثبت من الزيادة في حقه مقبوله
وقيل هذا قول ابي حنيفة الاخر اما قاله اولا تقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا
وهو قول زفر ونظير هذه المسئلة في الاجارات اما لو اختلفا في جنس الثمن بان قال البايع بعتك
هذه الجارية بعبدك وقال اشتريتها بمائة دينار واقاما البينة لزم المشتري البيع بالعبد وبقبل
بينة البايع دون المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع
وبينته تثبت الحق لنفسه في العبد وبينة المشتري تنفي ذلك والبينات للاثبات **قوله**
فاذا علما به اي بالفسخ يتراضيان اي بما ادعى كل واحد منهما وهذا التحالف قبل القبض اي
قبض المشتري السلعة موافق للقياس هذا الذي ذكره اختيار ابي حازم القاضي اما في اصل رواية
المبسوط لم يشترط في التحالف بخالف للقياس هذا الشرط حيث قال اذا اختلفا في الثمن والسلعة
قائمة تحالفا استحسانا والقياس القول للمشتري لانهما اتفقا على اصل البيع وادعى البايع الزيادة
في الثمن والمشتري منكر فالقول له مع يمينه لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
لكن ترك القياس بالسنة والمروي حديثان احدهما ما روى ابن مسعود انه عليه السلام قال اذا
اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها فالقول ما يقوله البايع ويترادان والثاني ما روى ابو هريرة
انه عليه السلام قال اذا اختلفا تحالفا وترادا والحديث مشهور صحيح يترك القياس به **فان قيل**
مخصوص في الاجل وشرط الخيار حيث لا يحالف ثمه اذا اختلفا فيهما **قلنا** ليس بمخصوص لان
المراد من الاختلاف في البيع او الاختلاف في المبيع او الثمن اذ قيام المبيع بهما كذا قيل وفيه نوع
تامل و**قوله** وهو الصحيح احترازا عن قول ابي يوسف الاول كما يجي وبالصحيح قال زفر والشافعي
في وجه **قوله** لانه يطالب بالثمن اولا فيكون باديا بالانكار والبادي اظلم فيكون انكاره في ازمنة
ما يحقق فيه انكار البايع فيها ولان انكار البايع مبني على انكار المشتري ولانه انكر شيين اصل الوجوب
والادا في الحال كذا ذكره قاضي خان ولانه يتعجل فايدة النكول واليمين شرعت لفايدة النكول حتى
لا يستحلف فيما لا يستوفي بالنكول ونكول المشتري يتعجل فايدته وهو تسليم الثمن فيكون البايع يتاخر
فايدته لان تسليم المبيع يوخر الى زمان استيفا الثمن لانه يقال له امسك المبيع حتى تستوفي الثمن
فكان تقديم ما يتعجل فايدته بالنكول اولى **قوله** او لا يبدا بيمين البايع وبه قال الشافعي في الاصح
ومالك واحمد **قوله** تخصه اي النبي عليه السلام خص البايع بالذكر وجعل القول قوله وهذا
يقتضي الاكتفا بيمينه فان لا يكتفي بيمينه فلان يبدا بيمينه كذا في المبسوط ولان المقصود من اليمين
النكول وبنكوله يقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشتري لا يقطع ولكن يجبر على ما ادعى البايع
من الاقل واليمين لقطع المنازعة وقيل يقرع بينهما وقيل يبدا بيمين الزوج في النكاح عند ابي حنيفة
ومحمد لتعجيل فايدة النكول كما في المشتري وبه قالت الايمة الثلاثة وقد ذكر في النكاح انه يقرع بينهما
في البداية **قوله** بدا القاضي بايهما شا وبه قال الشافعي في كل البيوع في وجه لاستوايهما اي
فايدة النكول **قوله** بضم الاثبات الى النفي بانه انه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
ربما حلف ويكون بارا في يمينه فلعله اشتراه بالف وخمسمائة فيبطل حق البايع في الزيادة وكذا البايع
لو حلف بالله ما باعه بالف ربما حلف ويكون صادقا لجواز انه باعه بالف ودرهم فيبطل حق المشتري

لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي لا على الاثبات لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما حتى
حتى اصطلحا على شي تركا على ذلك ولا عبرة بذلك الوهم لان البايع لو كان باعه بالف وخمسمائة لا
يدعي البيع بالفين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي من الحلف لانه لا يحنث في يمينه وكذا
المشتري لو اشتراه بالف ودرهم لا يدعي الشرا بالف لانه يعلم ان البايع لا يبالي من الحلف على الف
لانه لا يحنث في يمينه **قوله** فسخ القاضي البيع ان طلبا او طلب احدهما حتى لو رضيا بترك الدعوى
لم يفسخ وقيل ينفسخ بنفس التحالف وبه قال الشافعي في وجه والصحيح انه لا ينفسخ وبه قال الشافعي
في الاصح والقاضي يفسخه وهو المشهور عنه وفي وجه يفسخه احد العاقدين **قوله** فلا بد من الفسخ
في فاسد البيع وفيما لم يفسخاه فلا بد ان يقوم القاضي مقامهما في الفسخ وفي المبسوط انما يفسخ القاضي
البيع عند طلب احدهما فما لم يفسخ حل للمشتري وطي المشتراه ولو فسد البيع بالتحالف لما حل ولما تأخر
حكم الفسخ الى طلب احدهما ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في بطلان التسمية وذا لا يخل بصحة النكاح
اذ المهر تابع فيه وفي البيع عدم التسمية تفسد ثم اذا لم يفسخ النكاح يحكم مهر المثل وقد مر في النكاح يجي بعد
ايضا **قوله** وان اختلفا في الاجل الى اخره وكذا لو اختلفا في قدر الاجل او قدر شرط الخيار او في
شرط الرهن او شرط الضمان او العهدة بالمال فلا يحالف عندنا وبه قال احمد وقال زفر والشافعي
ومالك يتحالفا ولو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع لم فرا الطلاق النص **قلنا** علق وجوب
التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وكانه قال اذا اختلف
المتبايعان في المبيع او الثمن تحالفا وفيما ورا ذلك يوخذ بالقياس والقياس القول للمنكر **فان قيل** الاجل
يوجب نقصا في الثمن فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن **قلنا** الاجل ليس بوصف للثمن بدليل
ان الاجل يمضي والثمن موجود مستحق ولو كان وصفا له لتبعه كذا قيل وفيه نوع تامل ولان اصل الثمن
حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان تابعا للاصل وحقا للبايع وفي المبسوط فرق
ابو حنيفة بين هذا وبين الاجل في باب السلم حيث جعل هنا لك القول قول مدعي الاجل وهنا القول
لمنكره والفرق انه جعل هنالك الاجل من شرايط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار بما هو شرط
فاذا انكر فقد رجع عن الاقرار فلا يصدق ولو اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل
حقه وهو منكر استيفا حقه ذكره في المبسوط **قوله** في استيفا بعض الثمن وكذا لو اختلفا في استيفا
كل الثمن فالحكم كذلك حيث يكون اليمين على البايع لا غير وانما لم يذكره لان ذلك مفروغ منه باعتبار
انه صار ذلك بمنزلة ساير الدعاوي **قوله** فاشبه الاختلاف في الحط يعني اذا اختلفا في
حط بعض الثمن او ابرا كل الثمن لم يتحالفا فكذا اذا اختلفا في الاجل وشرط الخيار وهذا لان بانعدامه
اي بانعدام ما ذكرنا من الاجل او شرط او استيفا بعض الثمن لا يختل ما به قوام العقد وهو المبيع
والثمن اذ العقد بلا اجل وشرط جايز فبعد التحالف بقي عقد بلا اجل وشرط ولانه لا يوجب الفساد
وفي جامع قاضي خان ان الاختلاف في الثمن والمبيع يوجب اختلاف العقد ولهذا لو شهد احدهما بالبيع بالف درهم
والاخر بالبيع بالدنانير لا يقبل لاختلاف العقد ولو شهد احدهما بالبيع بالف الى اجل والاخر بالبيع بالف
يقضي بالبيع بالف حالة وكذا لو شهد احدهما بالشرط والاخر بالبيع بلا ذكر شرط جازت الشهادة في
وصف الثمن يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف فلما اختلفا في وصف هو معرف
صار كالاختلاف في المعرف وهو الثمن لانه اي الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة
الشرط وقد بينا انه ليس بوصف الثمن **قوله** فان هلك المبيع بعد قبض المشتري لا قبل قبضه ينفسخ
العقد بهلاكه ثم اختلفا اي في مقدار الثمن هكذا ذكر في المبسوط **قوله** والقول قول المشتري

وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية قوله وهو قول الشافعي وبه قال مالك في رواية
واختاره صاحب الجواهر واحمد في رواية ولمالك اربع روايات اذا اختلفا في مقدار الثمن اثنتان
ما ذكرنا والثالثة يتحالفان قبل قبض المشتري السلعة والرابعة يتحالفان بعد القبض ما لم يبن بها
قوله اي لمحمد والشافعي قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وما ذكر في
بعض رواية الحديث والسلعة قائمة فذلك مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت قائمة لابقا
قوله وترادا قرينة انه حال قيام السلعة لان المراد من التراد تراد العوضين لا تراد العقد ولان
النص معلول بعلة ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه الآخر والآخر ينكر اذ البيع يختلف
باختلاف الثمن فهذا يتعدى الى حال الهلاك ويكون التراد بالقيمة لان قيمة الشيء تقوم مقامه وتندفع
الزيادة عن المشتري لو نكل البائع فكان التحالف مفيدا او قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن
جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف عندك فان فائدته التراد وامتنع التراد بالهلاك
فقال بل يفيد فائدة دفع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فان قيل هذا
يحصل بتحليف المشتري وحده فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف
المشتري فان المشتري اذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع
من الزيادة فيتحالفان قوله كما اذا اختلفا في جنس الثمن بان قال احدهما دراهم وقال
الآخر دنانير بعد هلاكه تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ذكره في الاسرار قوله ولابي حنيفة
وابي يوسف قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله
والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لان الواو للحال والاحوال شروط والمطلق يحمل على
المقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد والتحالف بعد القبض على خلاف القياس كما ذكرنا
فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لان حال هلاكها ليس كحال قيامها لان عند قيامها يندفع
الضرر عن كل واحد منهما فانه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما الى راس ماله بعينه وبعد الهلاك
لا يحصل ذلك اذ العقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف اذ
الفسخ لا يرد على ما ورد عليه العقد قوله ولانه لا يبالي الى آخره جواب عن قول محمد ان
كل واحد يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه فيحلفان فقلنا لا يبالي باختلاف السبب
بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما
زعم هو او البائع فلغا ذكر السبب كمن اقر لغيره بالف من ثمن عبد فقال المقر له لا بل غصبته مني الفا
يجب الالف على المقر وكما لو اختلفا في الف والفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا
بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشرا بالدراهم
والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف
وهو يكفي للصحة و قوله وانما يراعى جواب عن قول محمد من فائدة التحالف بعد هلاك المبيع
فقال الفائدة التي قلت ليس من موجبات العقد والفائدة المرعية ما يوجبه العقد وفائدة دفع
زيادة الثمن من موجبات نكول البائع لا من موجبات العقد وقيل قوله وانما يراعى الى آخره
يصلح جوابا لشبهة ترد على قول محمد وانه لا يبالي باختلاف السبب فان قيل هذا يشكل
بما اذا ادعى احدهما البيع والآخر الهبة يتحالفان ذكره في المبسوط في تعليل قول محمد فاجاب عنه بقوله
وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وليس التحالف هناك من موجب العقد بل موجب العقد ثبوت
الملك له او للمشتري فان قيل لو اعتبرنا حصول المقصود من غير اعتبار اختلاف السبب كان

ينبغي ان لا يتحالفا عند قيام السلعة لحصول المقصود وهو ملك المعقود للمشتري حتى لو كان جارية
حل للمشتري وطيها قلنا نعم لكن ثبت ذلك بالنص على خلاف القياس قوله هذا اذا كان
الثمن دينا بان كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة فان كان اي عينا يعني غير ما
ذكرنا اي بيع مقايضة فهلك المبيع اي احد العوضين لما ان المبيع غير متعين لكونه مبيعا ولهذا قال
بعده لان المبيع في احد الجانبين قائم حيث سمي القائم مبيعا ودخول الباء في احد العوضين لا يعين جهة الثمنية
في العينين المتعينين لما ذكرنا في البيوع واذا كان كل واحد مبيعا وثمنا من وجه كان البيع قائما ببقاء البدل
الآخر فيمكن فسخه كما هو كاف لصحة الاقالة قوله وان هلك احد العبدين اي هلك بعد قبضهما
وبه صرح في جامع قاضي خان وفي الجامع القول قول المشتري اي فيهما مع يمينه كذا ذكره الكشاني وانما اعاد لفظ
الجامع لان لفظه يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم
التحالف بل المذكور هناك قبل الاستثنا لم يتحالفا وفي الفوائد الظهيرية تكلم المشايخ في قوله الا ان يشا البائع
ان ياخذ الحي الى آخره وتكلموا ايضا ان هذا الاستثنا الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ ينصرف الى يمين المشتري معناه
ان البائع ياخذ الحي صلحا عما يدعيه من الزيادة قبل المشتري فيجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر
فصار تقديره على قولهم الا ان ياخذ البائع الحي ولا ياخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام هذا
تعوي لان الاخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان كذلك لكان معلقا بمشيئتهما وعامة مشايخنا ان الاستثنا ينصرف الى
التحالف معناه لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشا البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيئا من ثمن الميت وهذا لان
المذكور التحالف دون يمين المشتري فكان صرف الاستثنا اليه اولى وبعضهم قالوا ينصرف الى يمين المشتري
على معنى ان البائع اذا رضي ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت فحينئذ لا يحلف المشتري لانه انما يحلف اذا
انكر ما يدعيه البائع فاذا اعرض عن دعواه لا معنى لتحليفه قال الكشاني ياخذ البائع في حق الهلاك من
المشتري ما يقر به المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف في حق المشتري اذا كان منكرا ما يدعيه البائع
من الزيادة فاذا ترك دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة لاستحلافه والصحيح ترك
دعوى الزيادة لا ترك ثمن الميت لان البائع لا يترك من ثمن الميت مما اقر به المشتري انما يترك دعوى
الزيادة ومعنى قوله لا ياخذ شيئا اي من الزيادة ومن اصحابنا من قال على هذا يكون الاستثنا منصرفا الى يمين
المشتري وبعض اصحابنا قال الاستثنا ينصرف الى التحالف وهو ليس بصحيح لما بينا ان المذكور استحلاف
المشتري لا ترك التحالف والاستثنا ينصرف الى المذكور قوله ولانه لا يمكن هذا جواب عن قول
ابي يوسف فان قيل يشكل على ابي حنيفة ما قالوا اذا اقام القصار بعض العمل ثم اختلفا في مقدار
الاجرة ففي حصة ما اقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع اعتبارا
للبعض بالكل واستيفا بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع فيقتضي ان يبقى التحالف عنده قلنا
عقد الاجارة في حكم عقود مختلفة يتجدد العقد بحسب ما يقام من العمل فبان يتعذر فسخه في البعض
لا يتعذر فسخه اما عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي كذا في
المبسوط قوله معناه الى آخره وعلى هذا التقدير ينصرف الاستثنا الى التحالف قوله ثم
ما بينا في القائم اي في بقا المبيع كله وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع الى آخره وانما لم
يحلف صفة التحالف عند محمد لان قيام السلعة ليس بشرط للتحالف فيتحالفان في الصورتين صفة و احكم
وقيمة الهالك اي يرد قيمته والقول في قيمته للمشتري لان البائع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون
القول له كما في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد واختلفوا في تفسيره اي تفسير التحالف على قوله
وقوله والصحيح ان يحلف الى آخره احترازا عما ذكر بعض المشايخ انهما يتحالفان على القائم لا غير على

مذهبه لان العقد ينفسخ في القايم لا في الهالك وهذا التفسير صحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشترت
القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه البايع حلف ويكون صادقا لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف
انه ما اشترى احدهما بالف كان صادقا وكذا البايع لو حلف بالله العظيم ما باع القايم بحصته من الثمن
الذي يدعي المشتري حلف ويكون صادقا فيه فلا يعتد بالتحالف فيحلف على الوجه المذكور في الكتاب كذا
في جامع قاضيخان ولم يذكر تفسير التحالف على قول ابي حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف
كهلاك الكل لان التحالف عرفنا نصا والنص ورد في حال قيام السلعة والسلعة اسم للكل فبهلاك
السلعة يفوت الشرط **قوله** ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وبه قال الشافعي في وجه
فان استويا يجب على المشتري نصف الذي اقر به ويسقط نصفه فان اتفقا على ان قيمتهما على التفاوت
فان كانت قيمة الهالك على نصف قيمة القايم يجب على المشتري ثلث الثمن الذي اقر به وان اختلفا في
ذلك فقال المشتري قيمة القايم يوم القبض كانت الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البايع على العكس
فالقول للبايع لان البايع ينكر سقوط الزيادة من الثمن والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على
وجوب الثمن وكان البايع متمسكا بالاصل كذا في جامع قاضيخان **فان قيل** مسايل الزيادات
تدل على اعتبار قيمتها يوم العقد حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة
وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض
وكل واحد من العقد انما صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض
وفي الفوايد الظهيرية هذا اشكال هايل اوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم
قال والذي يخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسايل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا
بالعقد وفيما نحن فيه تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي فظاهر
وكذا في الميت لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو
اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب
محمد حتى قال يصير المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك
يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتها يوم القبض **قوله** لانه يورد دعواه بالحجة **قوله** لاثباتها الزيادة
في قيمة الهالك والبينات للاثبات **فان قيل** المشتري يدعي زيادة في قيمة القايم فوجب ان
تقبل بينته لاثباته الزيادة **قلنا** ان الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف
في قيمة القايم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البايع قامت على ما وقع الاختلاف فيه
فكانت اولى بالاعتبار كذا ذكره المرغيناني وقاضيخان وهذا الفقه اي قول ابي يوسف في ان
القول للبايع والبينة بينته لانها اي ان الايمان تتوجه على احد العاقدين لا على الوكيل والنايب وهما
يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها اي على حقيقة الحال والبايع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة
فيقبل بينته ايضا يعني كان الاعتبار في الايمان ليمين البايع حتى كان القول قوله فكذا في البينات
والاعتبار لبينته لكونه اكثر اثباتا ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانه اكثر اثباتا ظاهرا
وهذا اي ما ذكر في الاصل يسلك صحة ما ذكرنا من قول ابي يوسف من تفسيره في التحالف وتفريعاته
التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير وفي جامع صدر الاسلام والبايع منكر حقيقة فيجب عليه اليمين والبايع
ايضا مدعي من حيث انه يدعي من زيادة قيمة الهالك فيكون البينة حجة وهذا هو الاصل في
الدعاوي فكذا في مسئلتنا المشتري يدعي سقوط الزيادة من الثمن والبايع ينكره فكان القول له
والبينة حجة ايضا لما بينا **قوله** من اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ايضا هكذا ذكر في جامع

قاضيخان **قوله** ويعود البيع الاول اراد به اذا تقايلا ولم يسلم الجارية الى البايع بحكم بالاقالة
حتى اختلفا في الثمن لان التحالف قبل القبض موافق للقياس فيتعدى الى الاقالة وفي فصل البيع اذا
تحالفا يفسخ العقد ويعود كل واحد الى اصل حقه فكذا في الاقالة ويعود البيع الاول معناه اذا
فسخ القاضي الاقالة او فسخا بانفسهما لان الاقالة لا ينفسخ الا بالفسخ ذكره صدر الاسلام فما اثبتنا
التحالف فيه اي في التقايل بالنص هذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يجري التحالف في
التقايل كما اذا وقع الاختلاف بينهما بعد قبض البايع المبيع بعد الاقالة عندهما خلافا لمحمد لثبوت التحالف
بين المتبايعين بالسنة بخلاف القياس فاجاب عنه بهذا **قوله** لان المسئلة مفروضة قبل قبض
البايع المبيع بعد الاقالة فصار التحالف معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه **و قوله**
ولهذا نقيس يوضح لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء
المعقود عليه في الاجرة والوارث على العاقد يعني وارث البايع والمشتري اذا اختلفا في الثمن
يجري التحالف بينهما وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله** فيما اذا استهلك المشتري هكذا وقع في
عامة النسخ والصواب اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت
بنسخة المصنف او الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة
المفعول اي نفس قيمة المشتري المستهلك الذي وجبت على المستهلك الذي استهلكه في يد البايع وفي المبسوط
اذا قتل المبيع قبل القبض في يد البايع فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قايمة مقام العين في امكان فسخ
العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود
يعني اذا اختار المشتري دفع الثمن واخذ القيمة له ذلك ثم لو اختلفا في ثمن المشتري يجري التحالف بينهما
بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين **فان قيل** التحالف في هذه الصورة وقع بالنص لقوله
عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يتناول حال قيام السلعة وحال هلاكها **قلنا**
لا بل هي غير منصوص عليه لان هذا المطلق يحمول على المقيد كما مر فكان المراد من هذا المطلق المقيد وكذا
لفظة المراد دالة على بقاء السلعة **قوله** لانه اي لان محمدا يرى النص معلولا بعد القبض ايضا
بالاختلاف في العقد كما مر **قوله** فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لان الاقالة في باب السلم لا
يحتمل النقض اذ الفسخ يعني التحالف لا يجري في باب السلم فالقول للمسلم اليه مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه
زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان ولا يعود السلم بخلاف البيع والفرق ان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى
يعود كل واحد منهما الى راس ماله واليه اشارة النبوية بقوله تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في
السلم لا يفيد هذا المقصود لان الاقالة في السلم بعدها لا يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ فانهما
لو قالا نقضنا الاقالة لا ينتقض ولا يحتمل الفسخ ايضا بالتحالف وهذا لان بانتقاض عقد الاقالة قايم
حقيقة فيمكن تصحيح الفسخ باعتبار المعقود عليه فيعود الى ملك المشتري اذا انفسخت الاقالة لان
ملك العين مما يحتمل العود الا ترى ان راس المال لو كان عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده بالعيب اي حكم
القاضي به وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم بخلاف البيع فانه لو اشترى عرضا فرده بعيب
ولم يسلم الى البايع حتى هلك في يده بطل الرد فيعود البيع والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة
فلو انفسخت الاقالة كان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود براس المال
لانه دين اما الاقالة في البيع حكمها عود المبيع الى البايع فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشتري
وملك العين مما يحتمل العود كذا ذكره قاضيخان **فان قيل** الاقالة في بيع العين فسخ في حق المتعاقدين
بيع في حق غيرهما والتحالف حقهما بدليل انهما لو تركا تركا واذا كانت فسخا في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا

لان التحالف ثبت في العقود لا في الفسخ ولهذا لو حصل الفسخ بخيار الرؤية او الشرط او الرد
بالعيب بالقضا والثمن منقود ثم اختلفا في مقداره لم يجز التحالف **قلنا** الاقالة فسخ فيما
بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقع عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب
لاتمامه اما التحالف ليس من ذلك الحقوق والذي وقعت الاقالة عنه لانه لا يجب بالبيع لان
شرعيته لنقضه لا لاتمامه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعذر اعتباره بيعا
في حق الثالث لانتفا الرضا وكذا الرد بقضا **فان قيل** ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم وبين
ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان في اقالة السلم فان فات المعقود
عليه في الفصلين **قلنا** الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه على ما ذكرنا
والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** فايهما
اقام البينة يقبل اما قبول بينة المراة فظاهر لانها الا لعين والاشكال انما يرد على قبول بينة الزوج
لانه منكر لزيادة ما اقر وكان عليه اليمين لا البينة فكيف تقبل بينته **قلنا** هو مدع صورة لانه
يدعي على المراة تسليم نفسها بما اقر به من المهر وهي تنكر والدعوى صورة كافية لقبول البينة
كما في دعوى المودع رد الوديعة كذا ذكره قاضي خان **قوله** او لمثل ما ادعته لانه اذا كان
مثل ما ادعته او اكثر فبينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيا لان ما ادعته ثابت بشهادة
مهر المثل اليه اشار الامام قاضي خان يتحالفا عند ابي حنيفة **فان قيل** التحالف ثبت بالنص في
البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف يلحق بالبيع ولان المقصود من التحالف الفسخ فيجري فيما
يقبل الفسخ والنكاح لا يحتمل الفسخ فيجب ان لا يشرع التحالف فيه لعدم حكمه **قلنا** ورود التحالف
في البيع باعتبار ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح احدهما في الدعوى والانكار
ولهذا قبلت بينتهما وبينتهما وهذا المعنى موجود في النكاح ايضا فيلحق به دلالة او بقوله البينة على
المدعي واليمين على من انكر اذ كل واحد منهما مدعي ومنكر واما الثاني وهو ان الفسخ حكم التحالف
والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور في الكتاب وايضاح ذلك هو ان التحالف انما اوجب الفسخ
في البيع لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد بسبب يمين الاخر لزم اخلا العقد عن البدل والبيع
واذا اخلا فسد اما النكاح اذا اخلا عن العوض لا يفسد كما لو لم يذكر التسمية فافترقا اليه اشار في
الفوائد الظهيرية وقد مر ايضا **قوله** فلهذا نقدم اي التحالف يقدم في الوجوه كلها فيما اذا
كان مهر المثل اقل او اكثر او مثل ما اعترف به الزوج **قوله** ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة
ومحمد وبه قال الشافعي تعجيلا لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كذا
في الفوائد الظهيرية وخرج الرازي بخلافه يعني بعدم التحالف في هذه الوجوه قول الكرخي لانهما
اتفقا على اصل التسمية فكانت التسمية وصحة التسمية يمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا تعذر الحكم
بصحة التسمية فصار كان لم تكن فيحكم بمهر المثل وعند الرازي التحالف في وجه واحد وهو كما اذا لم يكن
مهر المثل شاهدا لاحدهما وقد مر في النكاح يكون لها اي للمراة قيمتها ان قيمة الجارية بعد التحالف **قوله**
معناه اختلفا في البدل وهو الاجرة او في المبدل وهو المنافع وهذا احتراز عن اختلافهما في الاصل فانه
لا يجري التحالف بينهما بل القول قول منكر الزيادة **قوله** على ما مر اشارة الى قوله في اول
الباب ان البائع يدعي زيادة الثمن الى اخره **قوله** نظير البيع قبل قبض المبيع فالحقت الاجارة به **فان
قيل** قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة **قلنا** الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد
العقد عليها فكانها قائمة تقديرا **قوله** ومعنى انه لا عقد اذا الفسخ ارتفع العقد عن الاصل وفي

المبسوط

المبسوط ومحمد فرق بين هذا وبين البيع وقال التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه
فيمكن ايجاب قيمته بعد فسخ العقد بالتحالف اما المنافع فلا تتقوم الا بالعقد وقد انفسخ العقد من الاصل
فلا يمكن ايجاب شي فكان جعل القول لرب الثوب مع يمينه انفع للقصار فلا يصار الى التحالف **قوله**
بخلاف البيع يعني اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء ليس بمعقود عليه عقدا مبتدا بل الجملة معقودة بعقد
واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة **قوله** لم يتحالفا عند ابي حنيفة والقول
للعبد مع يمينه وهو سالم للعبد اي التصرف في الحال سالم للعبد لاتفاقهما على ثبوت الكتابة فيكون
العبد مدعيا بل يكون منكرا لما ادعيه المولى من الزيادة فحسب وفي المبسوط حكم التحالف في البيع
ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه والكتابة ليست في معنى البيع من حيث الصورة
فان البيع شرع للاسترباح وبني على المماكسة والكتابة للارفاق مبنية على الوسع ومن حيث المعنى لان
الكتابة بعد تمامها بادا البدل لا تحتمل الفسخ بخلاف البيع وفي الحال موجبها اثبات صفة المالكية
يدا في المنافع فما مضى منه فات لا يتحقق رده فلو الحق بالبيع بالمشاركة في بعض الاوصاف كان قياسا ولا
نقاس على ما ثبت بخلاف القياس بوضحه ان التحالف في المعاوضات عند مجاحة الحقوق واللازمة من
الجانبين وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيدفعه عن نفسه ولهذا لا
يصح الكفالة به والكفالة ليست بمعاوضة حقيقة اذ البدل الذي من جانب العبد مملوك للمولى
رقبة فلا يصح الحاقه بالبيع فيكون القول للعبد مع يمينه لانكاره الزيادة والبينة بينة المولى لاثباته
الزيادة الا انه اذا ادى مقدار ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا
المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة ما لو كاتبه على الف درهم على انه متى ادى خمسمائة عتق وهذا
لانه لا يبعد ان يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو ادى الكتابة بمال مستحق يعتق وبدل الكتابة عليه
قوله فهو للرجل اي مع اليمين وكذا في جانب المراة ذكره قاضي خان قال التمرتاشي ما يصلح للنسا فهو
لها مع اليمين الا ان يكون الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النسا وحلي وخلخال وامثال ذلك فحينئذ
لا يكون مثل هذه الاشيا وكذا لو كانت المراة تبيع ثياب الرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة
وما يصلح للنسا كالدرع والخمار والملحفة وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار
والمواشي **ثم اعلم** ان في هذه المسئلة للعلما اقاويل وقول علمائنا ما ذكر في الكتاب وقال
الشافعي وزفر وعثمان البتي واصحاب الظاهر المتاع كله ما يصلح له او لها والمشكل فهو بينهما بعد
التحالف وكذا في يد ورثتهما ولا فرق بين ان يكون في يدهما مشاهدة او في يدهما الحكمية بان يكون في
منزلهما لاستوايهما في الدعوى واليد الا ترى ان اسكافا وعطارا لو تنازعا في الات الاساكفة والعطارين وهي
في ايديهما يكون بينهما نصفين اجماعا لا ينظر الى ما يصلح لكل واحد اذ الانسان قد يتخذ شيا للاستعمال
وقد يتخذه للتجارة فكذا هذا وقال احمد وابن ابي ليلى والثوري ما يصلح له فهو له مع يمينه وما يصلح لها
فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف وقال مالك ما يصلح له فهو له وما يصلح لها فهو
لها والمشكل للرجل سوا كان في يديهما مشاهدة او حكمية وقال ابن شبرمة الكل للرجل الا ما على المراة
من ثياب بدنها وقال الحسن البصري ان كان البيت لها فالكل لها مع يمينها الا ما على الرجل من ثياب بدنه
وان كان البيت له فالكل له لان البيت وما فيه في يده لانه اي لان ظاهر اليد يعارضه ظاهر اقوى منه
وهو يد الاستعمال فكان القول لها كالرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فان اللابس اولى
بخلاف الاساكفة والعطارين حيث لم نشاهد استعمالها وشهدنا كون الالات في ايديهما على السوا
فجعل بينهما نصفين كذا في المبسوط وهذا الذي ذكرنا اي المجموع الذي ذكرنا من اول المسئلة الى اخرها

قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المراة اي في المشكل واما فيما يخص به كل واحد فهو له
كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير في لفظ الكتاب
نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل وكان من حقه ان
يقول وما يصلح لهما له وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها لان الظاهر انها لا تزف
الا مع جهاز مثلها فصارت اولى بذلك القدر والباقي للرجل لقوة يده على يدها لانه قوام عليها
قوله لما قلنا لابي حنيفة اي في دليل ابي حنيفة وفي الفوايد قال محمد ورثة الزوج يقومون
مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فكان المشكل له مع يمينه في حياته فكذا كان القول لورثته
وابو حنيفة يقول يد الباقي منهما اسبق من يد الورثة لان يدهم انما تثبت بعد موته فكما يقع الترجيح
بقوة اليد نظرا الى صلاحيته الاستعمال فكذا يقع الترجيح لسبق اليد ولان يد الباقي يد نفسه ويد
الوارث خلف عن الميت فهذا نوع من الترجيح فكان الباقي اولى بالمشكل **قوله** وللحي بعد الممات
سوا كان الحي حرا او مملوكا هكذا ذكره في عامة نسخ شروح الجامع الصغير ولكن ذكر فخر الاسلام وشمس
الايمة في شرح الجامع الصغير لو كان احدهما حرا والاخر مملوك فالمتاع للحر منهما وكذا ان مات احدهما
كان المتاع للحر منهما ثم قال وما وقع في بعض النسخ للحي منهما سهو وفي رواية محمد والزعفراني للحر بالراء وذكر
في الحصر السراجي للسعدي ولو كان احدهما مملوكا واختلفا بعد الفرقة في الامتعة المشكلة فالقول
للحر لقوة يده عند ابي حنيفة وعندهما سوا وذكر في جامع البزدوي المتاع للحر منهما غير مقيد بالمشكل
وصرح به في مختلف الفقيه والاقضية ان المتاع كله للحر عنده وعندهما على التفاصيل التي عرفت
فيما اذا كانا حرين وقيد بالماذون لان المحجور لا يد له فالمتاع كله للحر بالاتفاق **فصل**
فيمن لا يكون خصما لما ذكر احكام من يكون خصما ذكر في هذا الفصل احكام من لا يكون
خصما اذ الضد مما يحسن الاشيا **قوله** فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا لا خصومة اذا
قال آجرنيه او اعارنيه واقام البينة وبه قال ملك واحمد والشافعي في الاظهر وقال ابن شبرمة
لا يندفع به وبه قال الشافعي في المنصوص وعن بعض اصحابه لو قال آجرنيه واقام بينة تسمع بينته
قوله ودفع الخصومة ينا عليه اي على ثبوت الملك للغير ولم يثبت لان المدعى عليه ليس
بخصم في اثبات الملك للغايب اذ لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شي في ملكه بلا رضاه وخروجه
من الخصومة ثبت في ضمن اثبات الملك للغايب ولم يثبت فلا يثبت ما في ضمنه **قوله** وهو خصم
فيه لان مقصود ذي اليد اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة ولا اثبات الملك للغايب وفيما هو المقصود
المدعي خصم له فيه فتقبل بينته وتثبت يد الحفظ **قوله** كما قال ابن ابي ليلى فان عنده يخرج من
الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لانه لا يتهم فيما يقر به على نفسه فيثبت ما اقر به بمجرد اقراره وتبين
ان يده يد حفظ لا يد خصومة و **قوله** لانه صار خصما دليلنا يعني توجهت الخصومة عليه بظاهر
يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب فهو بهذه الدعوى يريد ابطال الخصومة
المتوجهة عليه فلا يصدق والا بحجة كما لا يصدق المدعي في دعوى الملك الا بحجة وكما في تحويل الدين
من ذمته الى ذمة غيره **قوله** وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة ورجع اليه حين
ابتلي بالقضا وعرف احوال الناس فقال المحتال من الناس ياخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من
يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود حتى اذا جا المالك واراد ان يثبت ملكه يقيم ذو اليد
على ان فلانا اودعه فيبطل حقه ويدفع عنه الخصومة كذا في المبسوط هذا اذا كان العين قايما
في يد المدعى عليه فان كان هالكا لا يندفع الخصومة بهذه الدعاوى وان اقام بينة لان العين اذا

كان قايما في يده يقع الدعوى في العين وذو اليد انما ينتصب خصما فيها بظاهر يده ويحتمل انه
ليس بيده ملك فاذا اثبته اندفع عنه الخصومة اما اذا كان العين هالكا فالدعوى يقع في الدين
ومحل الدين الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة انه كان في يده وديعة لا يثبت ان ما
في ذمته لغيره فلا يتحول الخصومة عنه الا ترى ان القاضي يقضي بالقيمة على مودع الغاصب وان
كان يده في العين يد غيره **فان قيل** ينبغي ان لا يقضي بقيمة الهالك هنالك اذ القضا بقيمة العبد له
انما يصح اذا ثبت ملكه ولم يثبت ولا يجوز ان يكون قيمته لغير مالكه وقد تعذر القضا للمدعي بالملك فكيف
يحكم بالقيمة له **قلنا** ليس من ضرورة القضا بقيمة العبد له ان يكون العبد ملكا له اذ يجوز ان يكون
العبد لانسان وبدله لغيره حتى قال اصحابنا في رجل قال لغيره بعت منك هذا العبد الذي في يدك
بالف ولي عليك الف فقال ذلك الرجل ما بعته مني ولا اشتريته منك وانا بري مما تقول فاقام المدعي
بينة على ذلك وجب على المنكر ثمن العبد ولم يكن العبد ملكا له **قوله** لا يعرفه اصلا لا بالوجه
ولا بالاسم والنسب فلا تقبل شهادتهم ولا يندفع الخصومة بالاجماع **قوله** للوجه الثاني وهو انه
اما احاله الى معين الى اخره وفي المبسوط وجامع فخر الاسلام اعتبر في هذه المسايل جهة الحوالة الى
معروف كيلا تتعطل حق المدعي وهما اعتبرا جهة الدفع فاذا لم يمكن اتباعه لمخاصمته صار هذا بمنزلة
قوله لا اعرفه اصلا وهذا لان المعرفة بالوجه لا يكون معرفة لما روي انه عليه الصلاة والسلام قال
لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف
فلانا وهو يعرف وجهه لا اسمه ونسبه لا يحنث وهما يقولان مقصود ذي اليد اثبات ان يده يد حفظ
وانما يندفع الخصومة عنه اذا اثبت انها ليست يد ملك وقد حصل ذلك لانه اثبت بينة انه
انه ليس بخصم لهذا المدعي فانا نعلم ان مودعه ليس هذا المدعي اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه بخلاف
ما لو قال لا نعرفه اصلا لاحتمال ان يكون المدعي بان لا يقدر على اتباع خصمه بذلك الضرر لحقه من
قبل نفسه حيث نسي خصمه او من قبل شهوده بان جهلوا خصمه لا من جهة ذي اليد ونحن نسلم ان المعرفة
بالوجه لا يكون معرفة تامة ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي وانما عليه ان يثبت انه ليس
بخصم بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا قال الشهود لا نعرفه اصلا فلم يكن يد خصومة اي في
هذا الفصل وهو اذا ما قال الشهود نعرفه بوجهه **قوله** والمدعي هو الذي اضر نفسه جواب
عن قول محمد وهو قوله لو انه يتعين لتضرر به المدعي او اضره شهوده اي شهود المدعى عليه وهو ذو
اليد وان قال اشتريته اي وان قال ذو اليد اشتريته من الغايب **قوله** لم يدع الفعل عليه اي على
ذي اليد بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فالتحقت بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق كما في
قوله غصب مني الا انه اي المدعي لم يعينه اي لم يعين ذلك اليد درا للحد فصار كما لو عينه ولو عينه
لم يندفع كذا هذا الا انه اي المدعي اثبت بحجة كونه احق بامساكه ولو طلب المدعي يمينه على ما ادعي من
الايداع حلف على البتات ولو قال ذو اليد اودعني وكيله لا يصدق الا ببينة لان الوكالة لا
تثبت بقوله **باب ما يدعيه الرجلان**
لما ذكر حكم الواحد شرع في حكم الاثنين لانه بعد الواحد **قوله** عينا وضع المسالة في غير دعوى
النكاح لا بعض الواحد كما يجي **قوله** تهاترتا اي تساقطتا ماخوذ من الهتر بكسر الها وهو
السقط من الكلام والخطا ذكره في المغرب قال الشافعي في القديم ومالك في رواية واحمد في رواية
تساقطت البينتان لما تعارضتا ولا ترجيح فاشبه الدليلين اذا تعارضا ولا ترجيح فعلى هذا يجعل كانه
لا بينة ويصار الى التحليف للتيقن بكذب احدهما وتهمة الكذب يمنع العمل بالشهادة وفي قول يقرع

يقرع بينهما اى يستهمان و يقرع بينهما وبه قال احمد فى رواية و يقضى لمن خرجت قرعته لما روي
انه عليه السلم اقرع فيه روى ان رجلين تنازعا فى امة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما
بينة فاسهم النبى عليه الصلاة والسلم بينهما وقضى لمن خرج السهم له ولان استعمال القرعة لتعيين
المستحق اصل في الشرع كما فى قسمة مال المشترك والمسافرة باحدى النسا وقال فى قول واحمد فى رواية
يقضى لمن خرجت قرعته بيمينه وعند ملك يقضى باعدل البينتين فاذا كانتا فى العدالة سوا ولا ترجيح لها
تقسم بينهما نصفين فى روايه كقولنا وبه قال احمد فى روايه والشافعى ايضا فى قول وقال الاوزاعى
وابن الماجشون المالكي يقضى باكثرهما عددا الزيادة طمانية القلب للقول الاكثر ولكن ذلك
غير معتبر فى الحجة بعد نصاب تمام الحجة ورجحان الصدق **قوله** ولنا حديث تميم بن طرفة الطاى
روايه عن ابى موسى الاشعري ذكره ابو داود وعن ابى الدردا ان رجلين اختصما بين يدى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فى شى واقاما البينه فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بنى اسرايل كان داود
عليه السلم اذا جلس لفصل القضا نزلت سلسلة من السما بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة
والسلم بينهما نصفين وما روى من استعماله القرعة فقد كانت فى وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك
بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزله الاستحقاق ابتدا فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا
اختلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ولايه تعيين المستحق من غير قرعة وانما يقرع لتطييب
القلوب ونفيا لتهمة الميل كما فى قرعة النسا فلا يكون ذلك فى معنى القمار ولانهما استويا فى سبب
الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك فيستويان فى الاستحقاق كالغريمين فى التركه وهذا لان البينات
حجج الله تعالى فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن هاهنا لان كل واحد من البينتين احتملت الصحه لان صحة
الشهاده لا تعتمد وجود حقيقته اذ لا علم للعباد بحقايق الاشيا وانما تعتمد ظاهر الحال فان من راى
شيا فى يد غيره حل له اداء الشهادة بالملك له بناء على الظاهر فاذا عاين احدهما سبب الملك كالشرا
ونحوه جاز له ان يشهد ايضا فيمكن ان تعتمد احدهما الظاهر والاخر السبب فصحت الشهادتان فيعمل
بهما بالتنصيف اذ المحل يقبله وصار هذا كالعلل الشرعيه كما ان باع فضولى مال اخر وباع فضولي
اخر من اخر ذلك المال واجاز مالك العين بيع الملك لكل واحد منهما فى النصف فكذا هاهنا
واما قوله فالقاضي بتيقن بكذب احدهما ضعيف اذ كل واحد اعتمد سببا اطلق له ادا الشهادة وهو
معاينة اليد لمن شهد له وقد تسوى الى بدلين على عين واحد لشخصين فى وقتين فلهذا وجب القضا بهما
بحسب الامكان كذا فى المبسوط والايضاح **قوله** رجع الى تصديقها قال السعدي لا يترجح
احدهما الا باحدى معان ثلاث احدها اقرار المراه والثانيه كونها فى يد احدهما والثالثه
دخول احدهما بها الا ان يعلم الاخر ان نكاحه اسبق كذا فى الخلاصه وهكذا ذكر فى المبسوط **قوله**
بما هو مثله هذا فى الظنيات كالقياس لا يترجح بقياس اخر بخلاف السمعيات بل بدونه اى دعوى
المدعى الاخر مع شهادته دون الاول لاتصال القضا بالاول **قوله** معناه من صاحب اليد قيد
به لانه لو ادعى كل واحد الشرا من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان يدعيا الشرا من واحد او
اثنين فالحكم على التفصيل يجي بعد فى الكتاب ووضع المسله فى المبسوط فى الدار يقضى بينهما نصفين
لاستوايهما فى السبب وبه قال ملك فى رواية واحمد فى روايه والشافعى فى قول وقال الشافعي فى
قول اخر يقرع وبه قال احمد فى روايه وعن الشافعي تسقط البينتان ويرجع الى البايع فان صدق احدهما
سلمت اليه وهل يحلف للاخر على القولين والاصح لا يرجح باقرار البايع وبه قال اكثر اصحابه
بل يقسم نصفين او يقرع كما ذكرنا **فان قيل** ينبغي ان تسقط البينتان عندنا ايضا لتيقن القاضي

حد
يكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين من كل واحد بكماله لا يتصور فى وقت واحد ٢٤٨
قلنا كل فريق شهد واسم البيع لا بصحته ولم يشهد وا بوقوع البيعين معا وتصور وقوعهما
فى وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد على الانفراد فباع كل واحد من الوكيلين معًا فانه يجوز وعقد
الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين فى زمان من رجل واحد كذا فى المبسوط لانه
تغير عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضى بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه
بتفرق الصفقه عليه **قوله** فانفسخ البيع فيه اى فى النصف لانه لما قضى القاضي بالمبيع بينهما تضمن
قضاؤه فسخ العقد فى حق كل واحد منهما فى النصف فلا يعود الا بتجديد العقد **فان قيل** الفسخ
انما يكون بعد وجود البيع **قلنا** البيع ان كان موجودًا فظاهر وان لم يكن فلا يمكن من الاخذ وهذا
لان استحقاق واحد للكل كان نظرا الى بينته وانما لا يظهر فى النصف لوجود بينة صاحبه فكان دليل
استحقاق الكل قايما فيفسخ نظرا الى الدليل كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** ولم يفسخ سببه اى
اثبت شراه فى الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي بيعه فى شى وانما كان القضا له بالنصف لمزاحمة صاحبه له
فاذا زالت المزاحمة قضى له بالكل كالشفيعين اذا سلم احدهما قبل القضا لما يقضى للاخر بجميع الدار بخلاف
ما اذا كان تسليمه بعد القضا حيث لا يكون للاخر الا نصف الدار **قوله** فهو للاول اى الاسبق
التاريخين وبه قال مالك واحمد والشافعي واختاره المزني وحكى عن نص الشافعي فى البويطي لانه لا
ترجيح بالسبق فيه لان مناط الشهادة الملك فى الحال وقد استويا فيه فاشبه ما اذا كانتا مطلقتين او
مورختين بتاريخ واحد وكذا لو ادعى الشرا من اثنين يعتبر الاسبق عندنا ومالك واحمد والشافعي فى
قول وقلنا الاسبق اثبت الشرا فى زمان لا تعارضه البينة الاخرى فيه فاستحقها من ذلك الوقت فتبين
ان الاخر اشتراها من غير المالك فكان شراؤه باطلا بخلاف ما اذا كانتا مطلقتين او مورختين
بتاريخ واحد فانه لا يعلم شرا احدهما من غير المالك فتعارضتا **قوله** فهو لصاحب الوقت وبه قال
ملك والشافعي فى قول احدهما سوا وبه قال احمد لما ذكرنا من قوله ان مناط الشهادة الملك فى الحال وقد
استويا فيه وصار كما لو ادعيا الشرا من رجلين ووقت احدى البينتين فهما سوا فكذلك هاهنا وقلنا
الشرا حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شرا الموقت سابقا فكان اولى
وهذا معنى قوله واحتمل المطلق ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك بخلاف ما اذا ادعيا الشرا
من رجلين فان كل واحد منهما هناك خصم عن بايعه فى اثبات الملك وتوقيت احدهما لا يدل على سبق ملك
بايعه فلعل ملك البايع الاخر اسبق فلهذا قضى بينهما اما هاهنا اتفقا على ملك بايع واحد وانما حاجة كل
واحد الى اثبات انتقال الملك منه وسبب الملك فى الموقت اسبق كما ذكرنا فلا يعارضه المطلق اليه اشار
فى المبسوط **قوله** ومعناه انه فى يده اى القبض ثابت فى يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا
لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان
وهو فى الحال فى يد البايع ويجوز ان يكون على خلاف هذا حيث ذكر فى الذخيره ثبوت اليد لاحدهما
بالمعاينه لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرايه لان القبض بنا على العقد الثابت بالبينة ظاهر حملا
لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه اثر بعقد الاخر لان كل واحد منهما حادث فيحكم
بوقوعهما معا فيقدم صاحب العقد ضرورة ولا نعلم فيه خلافا بخلاف ما ادعيا الشرا من اثنين واتا
بينة واحدهما قابض حيث ينال الخارج اولى عندنا لان كل واحد من المدعيين يحتاج الى اثبات الملك
لبايعه اولا فاختصم فى حق البايعين بينة الخارج وبينة ذى اليد فبينة الخارج اولى اما هاهنا يحتاجان
الى اثبات سبب الاستحقاق وملك البايع ثابت بتصادقهما فبينة القابض اقوى لما ذكرنا ان تمكن

الاخرای مر

ما

القبض دليل سبق عقده واليد دليل معاين في حق القابض والتاريخ في حق الخارج مخبر به وليس
الخبر كالمعاينة وكذلك لو ذكر الاخر وقتا لم ينتفع به ولا نعلم فيه خلافا ايضا لان القبض اذا وجد لم
ينقض بالشك ووقت الاخر يحتمل فلا ينقض اليد الثابتة بيقين **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه
من قبضه الى اخره **قوله** من واحد قيد به لانه اذا كان من اثنين فهما سوا ولا اولوية كما يجي بعد
لكونه اي لكون الشرا معاوضة من الجانبين فكما يثبت الملك في المعوض يوجبه في العوض والبينات ترجح
بكثرة الاثبات **قوله** والملك في الهبة يتوقف على القبض فكان ملك مدعي الشرا سابقا عليه فكان
اولى بخلاف ما اذا ادعيا الشرا والهبة من اثنين حيث يستويان ولا ترجيح في الشرا باعتبار معنى المعاوضة
لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لمملكهما اولا والمحتاجان في اثبات الملك له سوا وههنا لا يحتاجان الى
اثبات الملك لمملك فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات السبب
الشرا اولى واقوى من الهبة كذا في المبسوط **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الشرا اقوى من الهبة
قوله والصدقة اي مع القبض سوا ولا ترجيح باللزوم جواب اشكال يرد وهو ان يقال ينبغي
ان يرجح الصدقة على الهبة لان الصدقة تقع لازمة حيث لا يصح الرجوع فيها بخلاف الهبة فقال ولا ترجيح
باللزوم لانه اي اللزوم يرجع الى المال فان اثر اللزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك حكم يظهر
في ثاني الحال ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت
الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها لحصول المقصود وهو الصلة والصدقة قد لا يكون لازمة بان وقعت
لغني **قوله** وهذا اي قوله يقضي بينهما كالحمام ونحوه صحيح وكذا فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوه
او ادعيا الشرا من واحد لان كل واحد اثبت استحقاقه في الكل الا انه لاجل المزاحمة سلم له
البعض فكان الشيوع طاريا وذا لا يبطل الهبة والصدقة وفي المبسوط ادعى احدهما هبة وبيعا والاخر
صدقة وبيعا واقاما بينة ولم يوقت شهودهما او وقتا جميعا واحدهما اسبق بالوقت
والسابق اولى ولو لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين ففيما لا يقسم يقضي بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وفيما يحتمل القسمة يقضي بينهما لان الهبة والصدقة وقع في مشاع يحتمل القسمة لكن الشيوع طاري وقيل
لا يصح وهذا اصح لا يفسد الهبة في الشايع وصار كما لو اقاما بينة على الارتهان **قوله** وهذا اي
قوله فهما سوا ويقضي بينهما عند ابي يوسف لان كل واحد عقد معاوضة **فان قيل** الشرا مبادلة
مال بمال موجب للضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في
المنكوحة فكان الشرا اقوى **قلنا** بل النكاح اقوى من الشرا من وجه لان الملك في الصداق يثبت
بنفس العقد ساكنا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري ويجوز التصرف في
الصداق قبل القبض بخلاف المشتري فان لم يترجح جانب النكاح فلا اقل من المساواة ثم للمراة
نصف القيمة على الزوج ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه **قوله** لانه امكن العمل
بالبينتين بتقديم الشرا يعني الاصل في البينات الاعمال متى امكن وقد امكن ههنا بتقديم الشرا اذ النكاح
على عبد الغير صحيح وتجب قيمته اما لو قدمنا النكاح على الشرا لم يصح الشرا الا باجازة المراة ولم يوجد
وجواب ابي يوسف عن قوله ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر يوجب ملك المسمى
كما اذا تاخر الشرا وهما سوا في حق ملك العين ولان فيما قاله محمد اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ
لا يثبت من غير حجة كذا في المبسوط والاسرار وفي القياس الهبة اولى وهو رواية كتاب الشهادات لان الهبة
تثبت ملك العين والرهن لا يثبته فكانت اكثر اثباتا فكان اولى **قوله** وعقد الضمان اقوى يعني
الهبة عقد تبرع والرهن عقد ضمان فكان عقد الضمان اقوى من التبرع ولان عند الرهن يثبت يدا في الدين

والرهن

٢٤٩ والرهن والهبة لا يثبتا الا واحدا فكان ثبت الرهن اثباتا فكان اولى فصار كالشرا مع الهبة **قوله**
وان اقام الخارجان البينة الى اخره وفي الكافي في شرح الطحاوي اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو اما
ان يدعيا ملكا مطلقا او ارثا او شرا وكل قسم بثلاثة اقسام لانه اما ان لا يورخا او ارخا تاريخا واحدا او
ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون الاخر وجملة ذلك ستة وثلثون فصلا وقد مر خلاف الايمة
الثلاثة فلو ادعيا ملكا مطلقا والعين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا تاريخا واحدا يقضي بينهما نصفين لاستوائهما
في الحجة ولا خلاف فيه ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي للاسبق لانه اثبت الملك في زمان لا ينازعه
فيه غيره فيقضي بالملك له ثم لا يقضي لغيره الا اذا تلقى الملك من جهته ومن ينازعه لا يتلقاه فلا يقضي
له وهو معنى قوله فصاحب التاريخ الاقدم اولى وفي الذخيرة هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وبه
قال محمد اولا وقال محمد اخرا يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة ولو ارخ احدهما فقط ففي النوادر عن ابي حنيفة
يقضي بينهما ولا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي
يوسف يقضي للذي ارخ وعلى قول محمد يقضي للذي لم يورخ لانه يدعي اولية الملك وملك المورخ يقتصر
على وقت التاريخ وابو يوسف يقول انه اثبت الملك لنفسه في ذلك الوقت يقينا ومن لم يوقت يثبت
للحال يقينا وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه وابو حنيفة يقول لا دلالة على سبق ملكه
لاحتمال ان يكون الاخر اقدم ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فجعل مقارنا رعاية للاحتمال لكن هذا اذا كان
المدعي في يد ثالث فان كان في يدهما فكذا الجواب لانه لم يترجح احدهما باليد ولم يحط حاله عن حاله الا
باليد **قوله** واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى وانما يتفاوت فيما اذا لم يورخ احدهما كما
ذكرنا **قوله** معناه من غير صاحب اليد وفي تقييده بهذا القيد ليست زيادة فايدة فان في هذا
الحكم المترتب عليه وفي ساير الاحكام لا تفاوت ان يكون دعواهما الشرا من صاحب اليد او غيره بعد ان
يكون البايع واحدا ولا نعلم فيه خلاف ذكره في الذخيرة على الشرا من اخر اي ادعيا الشرا من رجل كل
واحد من رجل بخلاف الاول وذكرا تاريخا فهما سوا اي ذكرا تاريخا واحدا اما لو ذكرا تاريخين فالسابق
اولى لاثبات الملك لبايعه في وقت لا ينازعه الاخر فيه ويرجع الاخر بالثمن على بايعه لا يسلم له المبيع من يده
ذكره في المبسوط بخلاف ما اذا ادعى الخارجان ارثا من ابويهما وتاريخ احدهما اقدم فعلى قول محمد اخرا
وهو قول ابي يوسف اولا يقضي بينهما ولم يعتبر سبق التاريخ في الارث في رواية ابي سليمان عنه وروى
ابو حفص عن محمد قال مثل قول ابي حنيفة في الميراث والملك المطلق ولا عبرة للتاريخ في رواية ابي
سليمان سوا ارخ احدهما فقط او ارخا وتاريخ احدهما اسبق وفي الشرا يعتبر لان الشرا امر حادث
بسبب حادث فكل واحد من المشتريين اثبت الملك لنفسه ملكا حادثا لا يعلو له تملك البايع
فمتى اثبته لنفسه في وقت لا ينازعه غيره كان هو اولى وملك الوارث ليس بملك جديد بل هو عين
ما كان ثابتا للمورث لان الوراثة خلافة ولا تاريخ في ملك المورثين فاستويا كذا في الذخيرة **قوله**
كانهما حضرا اي كان البايعان حضرا وادعيا وقوله كما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله فكل واحد منهما
بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا ترك لانهما اي المدعيان اتفقا على ان الملك يتلقى الا
من جهته تعالى تلقاه اي استقبله بالقبول والاخذ وانما حاجة كل واحد الى اثبات سبب الانتقال اليه
لا الى اثبات الملك وسبب الملك في حق الذي شهوده وقت اسبق فكان هو اولى **قوله** يتلقون
الملك من باعهم وفي بعض النسخ من بايعهم كلاهما بطريق التغليب لان البايع واحد من المملكين الاربع فكان
المراد منه من ملكهم وفي بعض النسخ من ملكهم اسند لا لا بلفظ يتلقون **قوله** وعنه اي عن محمد رجع
محمد اليه الى القول بان بينة ذي اليد في الصور كلها لا يقبل الا في النتاج وعند الايمة الثلاثة بينة ذي

اليد اولى في كل الوجوه لترجحها باليد وفي المبسوط ذكر ان سماعة في نوادره ان محمدا رجع عن
هذا القول بعد انصرافه من الرقة وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا عبرة للتاريخ
الا النتاج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج **قوله** ولم
يتعرضا لجهة الملك احترازا عما لو قامتا على تاريخ في الشرا واحدهما اسبق فالاسبق اولى سوا كان
البايع واحدا او اثنين عندنا خلافا للشافعي على قول كما ذكرنا **قوله** متضمنة معنى الدفع اي
دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات تلقي الملك من قبله فيقبل او يقول ان صاحب
الاسبق اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فهو اولى خارجا كان او صاحب يد وهذا
لان اليد دلت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ كما وجب قبولها على النتاج لكون تاريخ
النتاج اسبق وكذا هذا اليه اشار في المبسوط والايضاح **قوله** والمعنى ما بينا وهو ما ذكرنا
من الدليل في الطرفين **قوله** ووقت احدهما دون الاخرى قيد بالوقت لان الخارج وذو
اليد لو اقاماها على ملك مطلق بلا تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عندنا خلافا للائمة الثلاثة وانما
وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق اذا ذكر التاريخ **قوله** وصار كما في دعوى
الشرا يعني اذا ادعيا من واحد وارخ احدهما يقضى للمؤرخ على ما مر واما على قولهما لا عبرة للتاريخ
لان بينة ذي اليد انما تقبل اذا كانت متضمنة للدفع ولا دفع ههنا لوقوع الشك في تلقي الملك من جهته
اي من جهة ذي اليد لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع
فلا تقبل مع الشك وعلى هذا اي على هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما وارخت احدهما فقط سقط التاريخ
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف الذي وقت اولى فالوجه ما بينا كذا في الايضاح **قوله** والمسألة
بحالها اي ارخت احدهما فقط فهما اي الخارجان سوا وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد **قوله**
بدليل استحقاق الزوايد وهي الاولاد والاكساب ورجوع الباعة بعضهم على بعض فلو اقتصر الملك لما
رجع فكان يدعيان الملك من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ **قوله** كما لو ادعيا
الشرا اي من بايع واحد وارخ احدهما فقط كان صاحب التاريخ اولى كما مر **قوله** مضافه اي
راجحه يعني لما وقع احتمال عدم التقدم في التاريخ انه متقدم ام لا سقط اعتباره **قوله** بخلاف
الشرا جواب عن قول ابي يوسف **قوله** فصاحب اليد اولى سوا اقاماها قبل القضا للخارج
او بعد القضا له وبه قالت الائمة الثلاثة وقال الشافعي في وجه بينة الخارج اولى بعد القضا له لان
ملك اليد يقضي بزوالها فلا ينقض القضا وقال في الاصح بينة ذي اليد اولى بعد القضا للخارج وقبله
وقال ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى لانها اكثر اثباتا فانها تثبت اولية الملك بالنتاج وتثبت استحقاق
الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بينته استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه وهو
القياس وفي الاستحسان بينة ذي اليد اولى لما رواه ابو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله ان رجلا
ادعى ناقة نتجها واقام ذو اليد البينة انها نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي في يده ولانه
يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده وهو اولية الملك فوجب قبولها مترجحا باليد بخلاف الملك المطلق
لانه ما اثبتت بينته الا ما يثبت بظاهر يده ومعنى هذا الكلام ان حاجة ذي اليد الى دفع بينة الخارج وفي
الاقامة على النتاج ذلك لان النتاج لا يتكرر فيدفع بينة الخارج لان ملكه في الحال لا يبقى بدلا كان
للخارج فيه من قبل وانما يقبل بينته بعد القضا للخارج لان الخارج بينته لم يستحق على ذي اليد شيئا فلم يصر
ذو اليد مقضيا عليه فيسمع بينته كما تسمع بينته اجنبي اخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج باقامة
البينة وقضي له ثم اقام صاحب اليد بينة انه له لا تسمع لان الخارج بينة استحق على ذي اليد الملك الثابت

له بظاهر اليد فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بينته بعد ذلك بخلاف النتاج اليه اشار في المبسوط
والذخيرة **فان قيل** يشكل على هذا ما لو ادعى ذو اليد النتاج والخارج ان ذي اليد غصبه منه
او اجره او اعاره او اودعه او رهنه فبينة الخارج اولى **قلنا** ان بينة الخارج اكثر اثباتا في هذه
الصورة لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب او الاستئجار ونحوهما وانه ليس بثابت اصلا
وذو اليد ادعى اولية الملك واليد لا تدل عليها بل تدل على اصل الملك فكان ما ادعاه ذو
اليد ثابتا من وجه بظاهر يده وما ادعاه الخارج من الفعل غير ثابت اصلا فكانت بينته اكثر اثباتا
قال شيخ الاسلام اليه اشار محمد كذا في الذخيرة **قوله** خلافا لما يقوله عيسى بن ابان قال عيسى بن ابان
الطريق عندي في النتاج تهاتر البينتين لتيقن القاضي بكذب احدهما اذ لا يتصور النتاج دابة من دابتين
فصار كانهما لم تقم بينة ولو لم تقم بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج
كذا ههنا وهذا ليس بصحيح فان محمدا ذكر في خارجين اقاما بينة على النتاج انه يقضى بينهما نصفين ولو كان
الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد فعلم ان القضاء لذي اليد قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد للخارج
كذا في الذخيرة والمبسوط **قوله** عنده راجع الى رجل في الذخيرة صورة المسألة عبد في يد رجل
ادعاه رجل انه عبده اشتراه من فلان وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه واقام على ذلك بينة واقام
صاحب اليد بينة انه عبده اشتراه من فلان يريد به رجلا اخر وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه
قضي به لذي اليد لان كل واحد خصم في اثبات نتاج بايعه كما هو خصم في اثبات ملك بايعه ولو حضر البايعان
واقاما البينة على النتاج كان ذو اليد اولى فهذا مثله ولا يعلم فيه خلاف وفي المبسوط بعد ذكر هذه المسألة
وكذلك لو اقام بينة على وراثة او وصية او هبة مقبوضة من رجل وانه ولد في ملك ذلك الرجل
لانه تلقى الملك من جهة مورثه او موصيه فيكون خصما في اثبات نتاجه **قوله** فصاحب النتاج
اولى وبه قال الشافعي في القول الاصح ومالك واحمد وفي قول بينة صاحب اليد اولى وفي الخارجين
بينة النتاج اولى بلا خلاف **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ان بينة صاحب النتاج تدل على اولية
الملك **قوله** الا ان يعيدها ذو اليد اي بينته فيقضى له والا فلا لان القضا بالبينة الاولى
كان على خصمه خاصة فجعل اقامتها في حق الثاني وجودها كعدمها فلم يصر الثالث مقضيا بتلك
القضية لان الملك بالنتاج لا يكون استحقاقا على احد لانه يثبت من الابتداء كان ملكا له وهو لا يتكرر
قوله وكذا المقضي عليه بالملك المطلق يعني ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبرهنا
ويقضى على ذي اليد بالملك عندنا خلافا للشافعي ومالك ثم ان ذي اليد المقضي عليه بالملك المطلق
لو اقام بينة على النتاج يقبل وينقض به القضا الاول لانه بمنزلة النص اي نص ترك بخلاف الاجتهاد
ينقض الاجتهاد به فكذا هنا وهذا لانه ظهر انه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذي اليد على النتاج
والقضا للمدعي في هذه الحالة باطل فينقض وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل لانه صار مقضيا عليه
بالملك فلا يقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وفي الاستحسان لا يتصور استحقاق هذا
الملك عليه فلم يصر ذو اليد مقضيا عليه لظهور اولية الملك وبطلان القضا له بخلاف الملك
المطلق لانه صار مقضيا عليه ويعني ان لا ينقض القضا ببينة ذي اليد على النتاج لان القضا صادف
موضع الاجتهاد فعند ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى مع بينة ذي اليد على النتاج ولكن ينقض لان بينة
ذي اليد ما كانت ثابتة عند القضا فترجح باجتهاده بينة الخارج فلم يكن قضاء عن اجتهاد بل كان لعدم
ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضا الاول كذا في المبسوط **قوله**
وكذلك النسج في الثياب الى اخره اي كالنتاج في انه لا يتكرر وفي المحيط النتاج عبارة عن اولية الملك

وكل سبب لشعر باوليه الملك هو كالنتاج وكل ما سكر رفيه سبب الملك ويصنع مرتين لم يكن في
معنى النتاج وان كان مشكلا هل يتكرر ام لا في رواية ابي حفص يلحق بما يتكرر وفي رواية ابي سلمان يلحق
بما لا يتكرر فالبنا وغرس الشجر والقطن النابت وزرع الحنطه والحبوب يتكرر وتسويه اللحم وكتابة
المصحف واختطاط الدار وضرب اللبن والخياطه والقطع والحشو والصياغة يتكرر ايضا لان هذه
الاشيا تعمل مرتين واتخاذ الجبن والطحن والعصر وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر والنسج في الثوب
المتخذ من غزل القطن والابريسم لا يتكرر وفي الثوب المنسوج من الصوف والشعر يتكرر **فان قيل**
فان قيل جز الصوف ليس بسبب لاوليه الملك لان الصوف على ظهر الغنم ملك له قبل الجز فكيف يكون
في معنى النتاج **قلنا** نعم ولكنه قبل الجز كوصف الشاه ولهذا لا يجوز بيعه فلم يكن مالا مقصودا وبالجز
يكون مالا مقصودا في المغرب المرعزي بكسر الميم والعين فاذا شدد الزاء قصرت واذا خففت مددت
وقد يقال مرعزا بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز والميم فيه رايدة والجراشم دا
ثم سمي الثوب المتخذ من وبره جزا قيل هو نسيج فاذا لم يغزل مره اخرى ثم نسج **قوله** كحلب اللبن الى
اخره وذكر في المبسوط في حلب اللبن واتخاذ الجبن هذه المسله على خمسة اوجه احدها ادعى
كل انه صنعه في ملكه فهو لذي اليد والثاني انهما برهنا ان اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه
يقضي به للخارج لان اصل المنازعه في اللبن وكل واحد برهنا على الملك المطلق والثالث لو برهنا
انه حلب اللبن الذي صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضي به لذي اليد لان الحلب في اللبن لا يتكرر
فكان في معنى النتاج والرابع لو برهنا ان الشاه التي حلب منها هذا اللبن صنع منه هذا الجبن ملكه
فيقضي به للخارج لان المنازعه في ملك الشاه وبينة كل واحد قامت على الملك المطلق والخامس
برهنا ان الشاه التي حلب منه هذا اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته ولدت في ملكه فيقضي لذي اليد
قوله وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به والواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال تعالى
فسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وان اشكل عليهم اي على اهل الخبرة قضي به للخارج لان القضا ببينة
الخارج هو الاصل عندنا وانما عدلنا عن الاصل بخبر النتاج وهو ما روي انه عليه الصلاه والسلام قضى في
تعارض بينتي النتاج لذي اليد وقد مر من حديث جابر **قوله** كل واحد منهما على الشرا من الاخر في
المبسوط اقام ذو اليد بينه انه اشتراه من الخارج ونقد الثمن والخارج اقام بينه انه اشتراه من ذي اليد
ونقد الثمن فعلى قول ابي حنيفة تهاترت البينتان سوا شهدوا بالقبض او لا وقال الشافعي في قول مالك واحمد
في روايه منهما حجة ذي اليد اولى ووضع المسله في المبسوط بين الخارج وذي اليد وذكر في الذخيره سوا
كان المبيع في يد احدهما او في يد ثالث والثالث يجحد وسوا شهدوا بالقبض او لا وسوا كان الثمنان على
السوا او احدهما انقص فان كان المبيع في يد احدهما يترك في يده قضا ترك على الروايات كلها وان كان في يد
ثالث يقضي بين المدعيين نصفين ان كان لا يقضي بين العقدين في روايه الجامع وذكر في الباب الطويل في
الجامع يترك في يد الثالث قضا ترك **قوله** ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراه من
ذي اليد او لا ثم باعه من ذي اليد لان في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض وهذا لا يجوز وان كان في
العقار عند محمد ولزم القبض حتى يصح يقول ذا ازياده على ما كانت البينه فلا يجوز هذا اذا لم
يشهدوا بالقبض فلو شهد الفريقان بالقبض تهاترا بالاجماع كما يجي **قوله** ولا يمكن القضا لذي
اليد الا بملك مستحق يعني لو قضينا منه صاحب اليد كان هذا قضا بالعقد لزوال ملكه الى غيره والسبب
لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا لم يقع الحكم له في المال لم يكن السبب معتبرا كذا في الايضاح
ولان البينتين لما تعارضنا والتساقط يتحقق من موجبهما تعين التهاتر لا يمكن ان يجعل كل واحد منهما

بايعا ومشتريا في ساعة واحدة ولا دليل على السبق ولا رجحان لاحدهما على الاخرى **قوله** للوجوب
عنده اي لوجوب الثمن عند محمد فان السعر لما ساعده كان كل واحد موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص
الوجوب بالوجوب عنده **قوله** تهاترا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج عندهما باعتبار ان دعوى
مثل هذا البيع اقرار من كل واحد بملك صاحبه وفي مثل هذا يتهاتر وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد
منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البينتين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا ولا يمكن ان يجعل كل
واحد منهما بايعا ومشتريا في ساعة واحدة وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن الى اخره وفي الكافي وهذا
يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما فانه ذكر فيها لو شهدوا بالعقد والقبض يقضي بالبينتين
عنده فيقضي بها لذي اليد اذا العمل بالبينتين ممكن بان يجعل كان ذو اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها
بخلاف ما اذا لم يذكروا القبض حتى يقضي بها للخارج لانهما ما اثبتا القبض بالشهاده وقد ثبت القبض عيانا
وهي دلالة السبق فجعلنا ذا اليد مشتريا من الخارج اولا وقد قبضها ثم باعها من الخارج ولم يسلمها اليه
وقد ذكرنا وجه ما ذكر في المتن **قوله** وان وقت البينتان في العقار قيد بالعقار ليظهر ثمره الخلاف
كما ذكرنا **قوله** وان اثبتا قبضا يقضي بها لصاحب لصاحب اليد اي بالاتفاق لانه يجعل ان الخارج
باعها من بايعه بعد ما قبضها وكان بيع المبيع بعد القبض وذلك جائز بالاتفاق **قوله** في الوجهين اي
سوا شهدوا بالقبض او لم يشهدوا به **قوله** فهما سوا ولا ترجيح بكثره العدد وبه قال الشافعي
في الجديد ومالك في المشهور منه واحمد وقال الاوزاعي والشافعي في القديم ومالك في روايه يرجح
بزياده العدد لان القلب الى قولهم اميل وعند مالك يرجح بزيادة العداله فيقضي باعدل البينتين
وقد مر على ما عرف في اصول الفقه **قوله** فينصف بينهما وقال الشافعي في قول استعمال
البينتين في النصف وقال مالك واحمد في رواية وعن مالك في رواية يقسم الدار بينهما اثلاثا
كما قالا وفي قول التهاتر يحلف صاحب اليد لهما في النصف الذي تعارضت البينتان **قوله**
يضرب لكل حقه اي ياخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقها فلان يضرب فيه بالثلث
اي ياخذ منه شيا بحكم ما له من الثلث **قوله** ولهذه المسله نظاير ومن نظايرها الموصي له بجميع
المال وبنصفه عند اجازة الورثه او الموصي له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن له مال
سواه ● ومن اضدادها العبد المأذون المشترك اذا ادانه احد المولين مايه درهم واجنبي مائة درهم
ثم بيع بمايه فالقسمه بين مولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفه بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة
ارباعا وكذلك المدبر اذا قتل رجلا خطا واخر عمدا وللمقتول عمدا ابنان فعفى احدهما ثم دفع العبد بالجناية
ومما اتفقوا على ان القسمه فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرما اذا ضاقت التركه عن ايفا حقوقهم
والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثه ● ومما اتفقوا على ان القسمه بطريق المنازعه ●
فضولي باع عبد رجل بغير امره وباع فضولي اخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمه بين المشتريين بطريق
المنازعة عند ابي حنيفه مبنيان احدهما ان القسمة متى وجبت ابتدا في العين بحق ثابت لكل واحد على وجه
الشيوع والتعيين بطريق النزاع كما اذا تنازعا في خاتم احدهما يدعي كله والاخر نصفه فالحلقه للاول
والفص بينهما والثاني ان يكون حق احدهما في كل العين وحق الاخر في البعض الشايع فالقسمه بطريق
النزاع لانه ليس في معنى المواريث اذ السهم في المواريث من يستحق كل التركه ويستحق الاخر بعضه او
حق بعض الورثه على وجه التعيين والشيوع عال والعول ثبت بخلاف القياس باجماع الصحابة اذ
يستحيل ان يكون في المال نصفان وثلث او ثلثان ونصف فيقتصر عليه الا اذا كان غيره بمعناه
ويخرج على هذا الاصل اربع مسايل لك يختلف فيها احدها اذا تنازعا في الدار احدهما يدعي كلها

والاخر نصفها والثانية اذا اوصى بجميع ماله لرجل ولاخر بنصفه واجازت الورثة الثالثة
اوصى بعين لرجل وبنصفها لاخر فالقسمة فيها نزاعية عنده عولية عندهما والرابعة فضولي باع الى
اخر ما ذكرنا فالقسمة نزاعية والمعنى الموجب للقسمة بطريق النزاع عندهما شان احدهما ما ذكر
ابو حنيفة او لان الحق متى يثبت على وجه التمييز والتعيين فالقسمة نزاعية والثاني ان الحقين متى وجبا في
وقتين مختلفين سواء كانا شايعين او احدهما والاخر معين فالقسمة نزاعية باعتبار التمييز الوقت المختلف على
التمييز في حق المختلف بيانه في المسايل الخمس المختلفة ان ثبوت الحق في وقتين مختلفين لان العفو متعاقب وكذا
الادانة في وقتين مختلفين وفي بيع الفضولي وقت ثبوت الحق مختلف لان الكل عند الاجازة يستند
الى وقت البيع وهو مختلف ثم اعلم ان المعنى الموجب للعول والمضاربة شيان احدهما
ثبوت الحق في الذمة وقسمة العين من ثمراته كما في المواريث والوصايا والديون المجتمعة في التركة
والثاني ثبوت كلا الحقين في العين لكن على سبيل الشيوع كما في المواريث ونحوها فان حق كل
واحد من الورثة ثبت على وجه الشيوع دون التعيين فاينما وجد احد هذين المعنيين يقسم بطريق العول
والمضاربة عنده ويخرج على هذا الاصل خمس مسايل منها ثلاث متفق عليها احدها قتل عبد رجلا خطا
واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان الى اخر ما ذكرنا لان القسمة انما وجب بحيث في ذمة المولى اذ الاصل
في جناية الخطا ان يا عد الواجب عن الجاني يجب في ذمة المولى ويخير بين الدفع والفدا والثانية
اذا كان الجاني مدبرا يقسم القيمة اثلاثا لهذا المعنى والثالثة ام ولد قتلت مولاها عمدا واجنبيا
عمدا ولكل واحد وليان فعفى احد ولي كل واحد سعت في ثلاثة ارباع قيمتها وللساكت من ولي الاجنبي
ربع القيمة منها ونصف القيمة اثلاثا لهذا المعنى والرابعة عبد مأذون مشترك اذا ادانه احد المولى
الى اخر ما ذكرنا يقسم ثمنه بينهما اثلاثا لان الدين وجب في الذمة ايضا والخامسة اذا اذانه اجنبي مائة
واجنبي اخر خمسين يقسم اثلاثا لهذا المعنى هذه المسايل المختلفة على المعنى الاول واما على المعنى الثاني يخرج
ست مسايل احدها الميراث والثانية الديون في التركة والثالثة اذا اوصى بثلث ماله والاخر
بربعه والاخر بسدسه ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهم على طريق العول والرابعة الوصية بالمحاباة
بان اوصى بان يباع عبد قيمته ثلاثة الاف من هذا الرجل بالف واوصى لاخر ان يباع منه هذا العبد الذي
يساوي الفي درهم بالف درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والخامسة الوصية بالعتق بان
اوصى ان يعتق من هذا العبد نصفه ومن العبد الاخر ثلثه وذلك لا يخرج من الثلث يقسم الثلث منهما
على طريق العول والسادسة الوصية بالف مرسلة ولاخر بالفين كان الثلث بطريق العول والسابعة
عبد فقا عين رجل وقتل اخر خطا فدفع بهما يقسم الجاني اثلاثا وذكر شمس الائمة السرخسي هذه المسالة مختلف
فيها والثامنة اذا كان الجاني مدبرا يقسم القيمة اثلاثا وهاتان المسالتان تخرجان على المعنى الاول والمعنى الموجب
للعول عندهما شي واحد وهو ان الحقوق متى ثبتت على الشيوع وفي وقت واحد كانت القسمة عولية سواء
كان الشيوع في الحقوق كلها او بعضها اعتبارا بالمواريث واخواتها لان الحقوق ثبتت ثمة على وجه
الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت فاستوت الحقوق في القوة فيلحق بها ما كان في معناه وهو
الديون المتفقة وثبت اذا اجتمعت في التركة والعبد المدبر اذا فقا عين رجل وقتل اخر خطا لان
الحقين ثبتا في وقت الدفع وفي مسالة دعوى الدار الحق انما ثبت بقضاء القاضي كذا في الكتب
قوله ولو كانت في ايديهما اي الدار في ايديهما وبرهنا فالدار كلها لصاحب الجميع كما ذكر
في الكتاب وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي ومالك واحمد في رواية بقيت الدار في يديهما كما
كانت لم يرجح بينة صاحب اليد باليد قوله وان اشكل كانت بينهما هذا الجواب في الخارجين

على التقابل

وان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقت البيان فان كان سن الدابة على وقت
بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد
ولو كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد او كان مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور
علامة الصدق في بينته او سقوط اعتبار التوقيت اذا كان مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر
فيه ما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاتر البينتان عند عامة المشايخ
وترك الدابة في يد صاحب اليد قوله وان خالف سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين
بطل البينتان كذا ذكره الحاكم وكذا ذكر في الايضاح وفي المبسوط من مشايخنا قال بطل البينتان
والاصح ما قال محمد وهو ان الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلة وفيما
اذا كانت غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذا ان كانت غير
الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار
ذكر الوقت اصلا وينظر الى المقصود بهما وهو اثبات الملك وقد استويا في ذلك فوجب القضا
بينهما نصفين ولا يترك في يد ذي اليد لانه اتفق الفريقان على استحقاقهما على ذي اليد فكيف يترك
في يده مع قيام بينة الاستحقاق وبه قال الائمة الثلاثة فصل في التنازع
بالايدي لما ذكر اثبات الملك بالبينة شرع في اثباته باليد والتصرف وهذا اضعف
دليل الملك فاخره ولهذا لو تعارض اليد والبينة ترجح البينة بالاجماع قوله فالراكب
اولى ولا خلاف فيه للائمة الاربعة وفي الذخيرة لو تعلق احدهما بلجامها والاخر بذنبها فالمتعلق
باللجام اولى لا يتعلق باللجام غالبا الا الملاك اما الذنب قد يتعلق به غيره قوله فالراكب
اي في السرج اولى لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا قوله
فصاحب الحمل اولى ولا نعلم فيه خلاف وكذا اللابس اولى من المتعلق بالكم ولا نعلم فيه خلاف ايضا
لانه اي اللابس اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا قوله فهو بينهما اي لا على طريق القضا
بل يترك في يديهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما لان القعود ليس بيد عليه اذ
اليد على البساط لا يثبت الا بالنقل والتحويل او بكونه في يده ولم يوجد شي من ذلك ولهذا لا يصير
غاصبا بمجرد القعود عليه بخلاف الركوب على الدابة فانه يصير غاصبا بمجرد الركوب عليه بغير
الاذن فان قيل فلما لم يثبت اليد عليه بالقعود ينبغي ان لا يقضى بينهما نصفين كما في الدار
لو كانا قاعدين فيها فانه لا يقضى بها بينهما لان بالقعود في الدار لا يثبت اليد عليها كالجلوس على البساط
فما وجه الفرق قلنا القضا في البساط باعتبار علم القاضي حسا وعيانا انه ليس في يد غيرهما فيقضى
بينهما لانعدام مدع غيرهما عيانا باليد او بالملك اما في الدار ان علم القاضي انها ليست في
ايديهما لعلوهما فيها ولكن لما لم يعلم انها ليست في يد غيرهما لان اليد على الدار انما يثبت بالسكنى فيها
او بالاختطاط له والقاضي ان علم انه ليس احد يسكن فيها لكن لم يعلم زوال يد الاختطاط عنها لان
الدار انما يثبت يد المختط عليها في مكان لم يتحول عنه ذلك الى مكان اخر فكان يد المختط له ثابتة
على الدار حكما الا انه جعل صاحب اليد وجعله صاحب اليد لا يجوز القضا لغيره لم يثبت عدم كونها
في يد غيرها ويثبت في المنقول فجوزنا الحكم في المنقول دون العقار اليه اشار في الذخيرة قوله
وطرف منه في يد اخر فهو بينهما وهذا يدل على ان جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى انه له كان
القول له لكن هذا اذا عرف مثل هذا الثوب كان له في العادة والا فلا فانه ذكر في المحيط والذخيرة
خرج رجل من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا المتاع يعرف الرجل ببيعه وحمله فهو له وان

يخ

لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي الفتاوى لو ان خياطا يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في
الثوب فالقول لصاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رجل دخل دارا فوجد معه مال
فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي فقال ابو حنيفة القول لرب الدار ولا يصدق الداخل في شيء
ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف ان كان الداخل رجلا يعرف
بصناعة شيء بان كان حمالا لا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع
في الاسواق فالقول له والا فلا فثبت في هذه المسائل ان اليد في المنقول انما تعتبر عند دلالة
الدليل على ان ذلك الشيء له عادة والا فلا **قوله** لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد مستمسك
باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا فلا يوجب ذلك رجحانا كما لو تنازعا في دابة ولواحد عليها مائة
من وللآخر خمسون منا كانت بينهما نصفين وكما لو اقام احدهما اثنين من الشهود والاخر اربعة وهذا
احتراز عما ذكر قبله لو تنازعا في قميص واحدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لان اللبس
تصرف اخر سوى التصرف باليد **فان قيل** يشكل على هذا ما لو ذكر بعده وان كان جذوع
احدهما اقل من ثلاثة وللاخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة
للترجيح اذا الشاهد من الطرفين وضع الجذع **قلنا** جوابه يجيء في تلك المسألة **قوله**
وهو يعبر عن نفسه اي يتكلم ويعقل ما يقول وفي الذخيرة ادعيا عبدا وهو في ايديهما فان كان
العبد لا يعبر عن نفسه فالقاضي لا يقضي لهما بالملك ما لم يقيما البينة ولكن يجعله في يدهما اذا لم يعبر
عن نفسه فهو والبهيمة سواء وعرف القاضي يدهما ولا يعرف الملك لهما يحكم باليد دون الملك
وعند الائمة الثلاثة يحكم بالملك ايضا لان اليد فيه دليل الملك • وان كان العبد يعبر عن نفسه
وقال انا حر فالقول له ولا يقضي لهما بشيء وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية وقال في
وجه هو كالذي لا يعبر عن نفسه وبه قال احمد في رواية ولو قال انا عبد احدهما لم يصدق وهو عبدهما
لانه لما اقر بالرق فقد ثبت يدهما عليه حقيقة وحكما لان يد الحر ثابت على الرقيق ثم هو بقوله انا
عبد احدهما يريد ابطال اليد الثابتة عليه لاحدهما حقيقة وحكما فلا يقدر عليه بخلاف ما لو
قال انا حر الاصل لانه انكر ثبوت اليد على نفسه واليد لا تثبت على الحر فكان القول قوله وكذا
لو كان عبد في يد رجل فاقر انه لاخر لم يصدق والقول لصاحب اليد **فان قيل** اقراره
بالرق من المضار المحض فينبغي ان لا يصح كاقراره بالدين والطلاق والعتاق **قلنا** الرق ههنا
لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد لان عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يقدر ربه عليه
وعند عدم المعارضة يقدر ربه عليه كما في الصبي الذي لا يعقل لان الاقرار بالرق مما يمكن تداركه
اذ التناقض في معنى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين لانه مما لا يمكن تداركه لان
التناقض فيه يمنع صحة الدعوى وكذا في الطلاق والعتاق **قوله** وان كان لا يعبر عن نفسه فهو
عبد للذي في يده **فان قيل** يشكل باللقيط فان الملتقط لو ادعى انه عبد لا يصدق وبه
قال الشافعي واحمد وهذا اصح **قلنا** يد الملتقط ثابت من وجه دون وجه لانها ثابتة
حقيقة لا حكما فان الملتقط امين في اللقط ويد الامين في الحكم يد غيره فلم يصح الدعوى منه
مع الشك بخلاف غيره لان من عليه لم يثبت يد غيره فيكون اليد عليه ثابتة حقيقة وحكما فيصح
الدعوى منه **فان قيل** وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ
الاصل في بني ادم الحرية لانهم اولاد ادم وحواء وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا
عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة **قلنا** اعترض على الاصل ما يدل على خلافه فبطل الاصل اذ

اليد

اليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فبطل ذلك الاصل
كذا في الفوائد الظهيرية وفيه نوع تامل واليد على البالغ لا تدل على الملك باتفاق الائمة الاربعة
قوله فهو لصاحب الجذوع وقال الشافعي واحمد لا يترجح بوضع الجذوع لان الوضع قد
يكون عن ملك وقد يكون عن استعارة او غصب فلا يترجح بالمحتمل قلنا واضع الجذوع مستعمل
للحائط بالوضع والاستعمال يد وعند التعارض القول لصاحب اليد **قوله** والمراد بالاتصال
اي الاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه يعني الاتصال ضربان اتصال تربيع واتصال
ملاصقة والاول هو المراد وقد يسمى اتصال تربيع في الذخيرة تفسيره اذا كان الحائط من مدر
او اجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف
لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه • ولو كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساحة
بالجيم احدهما مركبة في الاخرى • واما اذا نقب وادخل لا يكون تربيعا وهذا ظاهر الرواية وهو
شاهد ظاهر لصاحبه لان الظاهر هو الذي بناه مع حائطه اذ مداخلة انصاف اللبن لا تتصور الا
عند بناء الحائطين معا فهو اولى وبه قال الشافعي واحمد وفي الذخيرة الاتصال بالتربيع اولى وكان
الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه من الجانبين جميعا متصل بحائطين لاحدهما
والحائطان متصلان بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم
شيء واحد وصاحب الاتصال اولى والمروي عن ابي يوسف ان المعتبر اتصال جانبي الحائط **قوله**
والهرادي ليس بشيء وفي دستور اللغة هرادي السقف خشباته وبالفارسية شه **قوله** فهو شوب
بينهما باتفاق الائمة الاربعة لان وضع الهرادي والبواري لا يثبت لصاحبها على الحائط يد استعمال لان
الحائط للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري وانما توضع البواري
والهرادي للاستظلال والحائط لا يبنى الا للاستظلال فصار كما لو كان لاحدهما على الحائط ثوب
مبسوط ولا شيء للاخر وهناك يقضى بينهما فكذا ههنا **قوله** ولا معتبر بالاكثر منها اي من
الثلاثة حتى لو كان لاحدهما عشر خشبات وللاخر ثلاثة فهو بينهما ولا يعتبر التفاوت بعد تمام النصاب
اذ الثلاث اقل الجمع كما في البينات وكما لو كان لاحدهما على الدابة مائة من وللاخر خمسون منا **قوله**
وللاخر اي لصاحب الجذع او الاثنين موضع جذعه وهو رواية كتاب الاقرار وفي الايضاح يريد به له حق
وضع الجذع حتى لا يمنع منه وهذا اذا ثبت ملكه بسبب العلامة اما لو ثبت بالبينة كان لصاحب
الجذوع ان يمنع صاحب الجذع الواحد او الاثنين من وضع جذعه على جداره وهكذا ذكر في المبسوط
وغيره وفي رواية لكل واحد ما تحت خشبته وهو رواية كتاب الدعوى حيث قال ان الحائط بينهما
على قدر الاجذاع ثم قيل ما بين الخشب بينهما اي نصفان **وقيل** على قدر حصتهما اي على رواية
كتاب الدعوى وفي الذخيرة يقضى ما بين الخشبات على رواية كتاب الدعوى عند البعض على احد
عشر سهما وعند البعض بينهما نصفين لاستوائهما في ذلك كما لو اختلفا في ساحة المنزل يقضى بينهما
نصفان والقياس ان يكون بينهما نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة وقياس قول الشافعي واحمد
لانه لا اعتبار بالجذوع عندهما فلا يجيء هذه التفاصيل عندهما ووجهه ان وضع الخشبة حجة في
هذا الباب لان به يثبت الاستعمال فما كان لاحدهما خشبة واحدة ولا شيء للاخر واذا كان كذلك
لا يترجح بزيادة الخشبات لان الحجة لا يترجح بزيادة من جنسها **قوله** ووجه الثاني وهو رواية
كتاب الدعوى لان الاستعمال من كل بقدر خشبته اذ ذلك الموضع مشغول بجذعه **قوله**
وجه الاول وهو رواية كتاب الاقرار وهو الاستحسان ان الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف

لا يحصل بالحسبة الواحدة ووضع الخشبة وان كان حجة لكن بانفسه فلا يعتبر ولو كان لاحدهما خشبتان وللاخر ثلاثة احلف فيه **قيل** كالثلاثة لانه لا يمكن السقف بهما **وقيل** بمنزلة الواحدة اذ لا يمكن التسقيف بهما الا على الندرة باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة في استحقاق يده ويعلم منه الجواب الموعود وهذا احتراز عما لو ثبت بالبينة فان فيه له ان يمنع عن الوضع لان البينة حجة صالحة للاستحقاق **قوله** ولو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع وهو الصحيح من النسخ لموافقة الدليل المدعى وفي بعض النسخ ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال وفي الذخيرة لو كان الاتصال في طرف واحد فقال شيخ الاسلام والطحاوي وابو عبد الله المرشد ان صاحب الاتصال اولى وذكر شمس الائمة السرخسي صاحب الجذوع اولى ولو كان اتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي ومن ضرورة القضاء ببعضه القضاء بكله او برد الحلف فيه الى المتفق عليه و**قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة **فان قيل** لما قضى بالحائط لصاحب الاتصال ينبغي ان يؤمر الاخر برفع جذوعه لا وضعها على ملك الغير بغير سبب ظاهر كما لو تنازعا في دابة لاحدهما عليها حمل وللاخر عليها مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل ويؤمر برفع المخلاة **قلنا** وضع المخلاة لا يكون مستحقا له على دابة الغير بسبب في الاصل وكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب الحمل امر الاخر برفع المخلاة اما ههنا حق وضع الجذع يجب له على حائط بان كان ذلك مشروطا في اصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذع على الاخر وهذا بخلاف ما لو اقام احدهما البينة وقضي له حيث يؤمر برفع جذوعه عن ملكه لما ذكرنا **قوله** فالساحة بالحاء المهملة وهو عرصة في الدار وسبيلها الاستواء بينهما في استعمالها اي استعمال الساحة لان استعمال الساحة للمرور ووضع الامتعة ايضا وصب الوضوء وكسر الحطب وهما في ذلك سواء ولعل مرور صاحب القليل اكثر لزمانه صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولا جا وخراجا على ان الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار كالطريق يستوي فيه صاحب المنزل والدار والبيت وهذا لان الاستحقاق باعتبار اليد الا ترى انهما لو تنازعا في ثوب وعامته في يد احدهما وفي يد الاخر طرف منه يقضى بينهما لما ان اصل اليد حجة للاستحقاق فالقليل فيه يساوي الكثير وكما لو اقام احدهما شاهدين والاخر اربعة فهما سواء وبقولنا قال الشافعي واحمد **فان قيل** لو اقام احدهما شاهدا والاخر شاهدين يقضى بالكثرة وكذا لو كان في يد احدهما وفي يد الاخر هدبه يقضى للذي في يده فهذا ترجيح بالكثرة وكذا لو اخبر عدلان بطهارة الماء وعدل واحد بنجاسته يحكم بطهارته وهذا ترجيح بالكثرة وكذا لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه جذوع وللاخر جذع فهو لصاحب الجذوع وهذا ترجيح بالكثرة وكذا لو تنازعا في الشرب يقسم بينهما على قدر الاراضي بخلاف مسئلة الكتاب ففي الكل ترجيح بالكثرة **قلنا** اما مسئلة الشهادة لا نسلم لان الشاهد الواحد غير معتبر بالنص فلا يصلح حجة للقضاء والاستحقاق واما في مسئلة الثوب لا استحقاق باعتبار اليد ويد صاحب الهدب على الهدب لا الثوب فلا يثبت الاستحقاق به اما ههنا ثبت سبب الاستحقاق وهو المرور واما في الاخبار بنجاسة الماء وطهارته فخبر العدل يترجح في امور الدين باعتبار ترجيح الصدق وفي العدد يفيد زيادة الصدق ايضا وفيما نحن فيه استويا في سبب الاستحقاق واما مسئلة الجذوع فلما بينا ان الحائط لا يبنى لوضع خشبة واحدة لعدم السقف فيه واما مسئلة الشرب فان الشرب شيء يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج اليه فيقسم له به على قدره حوله في الشرب اما الساحة فيحتاج اليه

٢٥٤ الارباب بنفسه وهما سواء في الاحتياج كما ذكرنا اليه اشار الامام التمرتاشي والمحبوبي **قوله** واذا ادعى الرجلان ارضا الى اخره في الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة يغفل عنها القضاة وهي انه لو ادعى ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يده واقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز ان يكون الارض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة يجعلها القاضي في يد احدهما ما لم يثبت كون الارض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي الا انه يمنع المقر من ان يزاحم المقر له لان اقراره حجة في حقه • وان اقام احدهما البينة جعل في يده **فان قيل** البينة حجة على الخصم ولا خصم ههنا لانه لم يثبت كونها في يد الاخر فكيف يقضى باليد **قلنا** هو خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وذكر التمرتاشي لو طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد ما في يد صاحبه على البتات ولو حلفا ولم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال ولو نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه ولو نكل احدهما قضي عليه لكلها للحالف نصفها كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه لنكوله ولو كانت الدار في يد ثالث لم ينزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث **قوله** وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا وهو قيام الحجة كما لو ادعيا الملك واقاما بينة اما لو طلبا القسمة فالقاضي لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك وفي الفوائد الظهيرية قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة واما على قولهما يقسم بناء على مسئلة اخرى وهي ان الدار في يد ورثة كبار اقروا عند القاضي انها ميراث عن ابيهم والتمسوا منه القسمة لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وخلفها ميراثا لهم عند ابي حنيفة وعندهما يقسمها باقرارهم **قوله** لوجود التصرف والاستعمال فيها اي في الدار ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب في الدابة واللبس في الثوب ذكره البزدوي

باب دعوى النسب

لما ذكر حكم دعوى المال شرع في دعوى النسب وقدم دعوى المال لكثرة وقوعها وكان اهم في الصحاح الدعوة بالكسر في النسب وبالفتح في الطعام **وقيل** على العكس **قوله** وكان دعواه اي البايع في دعوة مناقضا وكذا سعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فصار كما لو ادعى التدبير او الاعتاق قبل البيع او ادعى اب البايع الولد وكذبه المشتري فانه لم يثبت النسب كذا هذا وفي الاستحسان امكن اثبات النسب منه فيثبت وهذا لانا تيقنا حصول العلوق في ملكه لما ولدت لاقل من ستة اشهر وذا انزل منزلة البينة العادلة في اثبات النسب منه وهذا معنى قوله اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة **قوله** فيعفى فيه التناقض اي لا يمنع صحة الدعوى لان مبنى النسب على الاخفاء اذ قد يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر له انه منه حتى لو كان صبي في يد امرأة فقال زوجها هذا الولد مني زنا وقالت من نكاح منك ثم قال الزوج هو من نكاح ثبت النسب منه بخلاف الاعتاق والتدبير لان الاعتاق والتدبير لا يخفى عليه وبخلاف دعوة الجد لان العلوق ما حصل في ملكه وله حق التملك على ولده وقد زال ذلك بالبيع **قوله** مع دعوة البايع او بعده قيد به لانه لو ادعاه المشتري اولا ثبت النسب منه ولا يثبت نسب البايع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب **قوله** وهذه دعوة استيلاد اي دعوة البايع دعوة استيلاد ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه ودعوة الاستيلاد اولى لاستنادها الى وقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال فدعوة البايع سابقة معنى فكانت اولى ودعوة الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك ودعوة التحرير يفتقر وفي الحقيقة هذا جواب عن

قول ابرهيم النخعي حيث قال فيها يثبت النسب من المشتري لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبايع
حق والحق لا يعارض الحقيقة كما لو جاءت جارية بولد فادعاه مولاه وابو المولى فالمولى اولى لان له حقيقة
الملك وللاب حق التملك قلنا هذه دعوة استيلاد الى اخره بخلاف دعوة المولى مع ابيه فان شرط
صحة دعوة الاب ملك الجارية من وقت العلوق الى حين الدعوة ولا حقيقة له ولا حق الملك ولا حقيقته بل له
حق التملك واقران دعوة الابن دعوة الاب يمنع تحصيل هذا الشرط فلهذا الحقناه من المولى دون
ابيه كذا في المبسوط وجامع قاضي خان **قوله** ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على
الصلاح وقول المشتري على الصدق وكذا ذكره قاضي خان **قوله** فلا يستحقه الدعوى
في الولد ولا حقه اى حق العتق وهو امومية الولد في امه كما لو ادعاه اجنبي اخر لان تصادقهما
ان الولد من البايع لا يثبت كون العلوق في ملكه لان البايع يدعي ذلك وكيف يدعي الولد لا يبقى في
البطن اكثر من سنتين وكان حادثا بعد زوال ملك البايع واذا لم يثبت العلوق في ملك البايع وكان
دعوة البايع هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس باهله اى باهل التحرير فلا يصح دعوى التحرير منه فلم
يعتق الولد ولا تصير امه ام ولد **قوله** ويبطل البيع لانهما تصادقا على النسب واحتمل
ان يكون العلوق في ملك البايع فيثبت النسب ويبطل البيع **قوله** لانها اى الام تابعة للولد
في ثبوت اموميتها لانها تستفيد الحرية من الولد بالحديث عليه السلم اعتقها ولدها فكان الاستيلاد فرع
النسب **قوله** اذ هو الاصل اى الولد في النسب والاستيلاد فرع النسب كما ذكرناه
ولا يضره اى النسب او الولد فوات التبع وهو الام او امومية الولد **قوله** فهو ابنه اى
ابن البايع فيقسم الثمن على قيمة الولد وقيمة امها فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد يسقط
عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبايع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء وكذا
الحكم فيما اذا دبرها او استولدها ذكره التمرتاشي **قوله** فدعواه اى دعوى البايع باطلة
اى اذا لم يصدقه المشتري ان الاصل في هذا الباب اى في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد
الولد **قوله** على ما مر اشارة الى قوله لانها يضاف اليها ففي الوجه الاول وهو ما اذا اعتق
المشتري الام والبايع ادعى الولد وفي بعض النسخ ففي الفصل الاول **قوله** وهو اى المانع
العتق وقوله من الدعوة في قوله قام المانع من الدعوة صلة للمانع اى العتق الذي هو مانع من الدعوة
والاستيلاد انما قام في التبع وهو الام في الوجه الاول فلم يؤثر منعه في الاصل **وقوله**
وليس من ضروراته الى اخره جواب سؤال وهو ان يقال ينبغي ان يثبت الاستيلاد في الام بثبوت
نسب الولد ثبت الاستيلاد في الام فقال ليس من ضروراته كما في الولد المغرور فانه حر الاصل
ثابت النسب من المستولد وامه لا تكون ام ولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق فاذا لم يكن كونها
ام ولد للمدعي من ضرورات ثبوت النسب لا تصير امه ولد سواء ادعاه قبل عتق المشتري او بعده وفي
الفصل الثاني وهو فيما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البايع فيمتنع ثبوته اى ثبوت ما ذكرنا من
الدعوة والاستيلاد فيه اى في الاصل وفي التبع وهو الام وانما كان الاعتاق اى اعتاق المشتري الولد
مانعا لدعوة البايع لانه اى الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب اى من البايع في حق الولد
وحق الاستيلاد اى حق استيلاد البايع في حق الام فاستويا اى استوى اعتاق المشتري وحق استلحاق
البايع من هذا الوجه اى من حيث انهما لا يحتملان النقض لكن يرجح اعتاق المشتري بوجه اخر وهو ان
ان الذي من المشتري حقيقة الاعتاق وما وجد من البايع حق استلحاق النسب والحقيقة اقوى
من الحق فلذلك لم تقبل صحة دعوة البايع فيما اذا اعتق المشتري الولد وذكر قاضي خان انما لا يصح

دعوة البايع بعد اعتاق المشتري لان المشتري استحق الولاء عليه بالاعتاق وهو بمنزلة النسب فلا
يمكن ابطاله ولو ثبت نسبه من المشتري لا يصح دعوة البايع فكذا هذا وقال هذا كله فيما اذا علم
ان العلوق كان في ملك البايع وان كان مشكلا بان جاءت لستة اشهر فصاعدا او لاقل من سنتين من
وقت البيع فلا يصح دعوته الا بتصديق المشتري **وقوله** في الفصل الاول وهو ما اذا ادعى
البايع الولد وقد اعتق المشتري الام **وقوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الايمة وقاضي خان
والمحبوبي بان البايع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن لان ام الولد لا قيمة لها عنده وهذا قول
يخالف الرواية لما ذكرنا ان البيع لم يبطل في حق الجارية وفي المبسوط يرد في الموت كل الثمن عند ابي
حنيفة وفي الاعتاق حصة الولد فقط وفرق ابو حنيفة بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البايع
فيما زعم في الاعتاق حيث جعلها معتقة المشتري او مدبرة او ام ولد له فلم يبق لزعم البايع انها ام ولد له عبرة
ولم يوجد التكذيب في فصل الموت اذ بموتها لم يجر الحكم بخلاف ما لو زعم فبقي زعمه معتبرا فيؤاخذ
بزعمه فيرد حصتها ايضا **فان قيل** ينبغي ان لا يكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد
قبض المشتري ولا حصة للحادث منه **قلنا** الولد حدث صورة بعد القبض ومعنى حدث قبله
لثبوت علوقه في ملك البايع ولهذا للبايع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري
كما له سبيل من الفسخ قبل القبض قبل الاستهلاك واذا كان كذلك كان له حصة من الثمن كما لو
قبل القبض وههنا استهلكه بالدعوة **قوله** ولد عنده اى كان اصل العلوق في ملكه
وقوله لان البيع يحتمل النقض وحق البيع للاحرار عن الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان
النقض **وقوله** على ما مر اشارة الى قوله لانه لا يحتمل النقض **قوله** نسب احد التوامين
يعني باع احد التوامين وادعى نسب الاخر والتوام اسم للولد اذا كان معه اخر في بطن واحد وفي
المغرب ويقال هما توامان ويقال هما توام خطا كما لو قال هما زوج ويقال للانثى توامة وفي مبسوط
شمس الايمة ان ذكر التوام مكان التوامين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توام او توامان كلاهما
صحيح عند اهل اللغة **قوله** غلامان توامان الى اخره وتاويل المسئلة اذا كان علوقهما جميعا في
ملك المدعي لان دعوة البايع صحت في الذي عنده لمكان الملك والعلوق فيه وانما اعاد لفظ الجامع لما
فيه زيادة وهي قوله ولد عنده وفيه اشارة الى ما ذكرنا **قوله** لانه حر الاصل يبطل اى عتق
المشتري وفي بعض النسخ عتق المشتري وشراؤه لانه الى اخره بتجديد تكون الضمير المستكن في يبطل راجع
الى كل واحد منهما لان تحرير الحر باطل اذ فيه اثبات الثابت **قوله** لان هناك يبطل العتق فيه
مقصودا يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوة
البايع وانه لا يجوز لان عتق المشتري عتق حقيقي ومن البايع حق الدعوة والحق ادنى من الحقيقة فلا
يعارضها فكيف يرفعها فلذلك لا يبطل عتق المشتري اما في مسئلتنا لو بطل عتق المشتري انما يبطل بطريق
التبعية لمن هو حر الاصل الذي ثبت مقصودا من المدعي وهو دعوة البايع للذي في يده فصح ومن
ضرورة ثبوت حرية الاصل فيه ثبوت حرية الاصل للاخر ضمنا وتبعا لانهما توامان فيستغني عن قيام الولاء
يبطل اعتاق المشتري ضرورة لانه تبين انه لاقى غير محله لما ذكرنا ان حر الاصل لا يعتق اليه اشار قاضي
خان والمرغيناني في فوايده والسرخسي في جامعه **قوله** لان هذه دعوة تحرير لانه لما لم يكن
اصل علوقهما في ملك البايع كانت دعوته دعوة تحرير وكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر
واعتاق احد التوامين ينفصل عن اعتاق الاخر فيقتصر هذا العتق على محل ولايته وصار كان البايع
اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وهذا اخلاف ما لو اشترى احد التوامين واشترى اب المشتري

الاخر ثم ادعى احدهما نسبه حيث يعتق كلاهما وهذا دعوه تحرير فيبنى ان يقتصر على محل ولايته لما ان المدعي
لاحدهما اما ان كان اب المشترى او المشترى فان كان اب المشترى فالابن ملك اخاه فيعتق عليه وان
كان المدعى هو الابن فالاب ملك حافدته فيعتق عليه كذا ذكره التمرتاشي **قوله** لم يكن ابنه ابدا
يعني سوا صدقه العبد الغايب او كذبه او لم يعرف منه تكذيب ولا تصديق لا اقراره ثبوت نسبه من
الغير يمنع ثبوت النسب منه اذ اقراره حجه في حقه وفي جامع المحبوبي فلو حضر العبد اما ان صدق
المولى او كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه ففي الوجه الاول والثالث لم يصح دعوه المولى بعد ذلك
بالاجماع لانه لم يبطل اقراره بكذب من جهة المقر له فبقي اقراره صحيحا وفي الوجه الثاني وهو ما اذا
اكذبه ثم ادعى المولى نسبه لم يصح دعوته عنده خلافا لهما ولكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من
المولى ذكره في المبسوط **قوله** وان كان اي النسب لا يحتمل النقض الا يرى انه اي الاقرار
بالنسب يعمل فيه الاكراه حتى لو اكره بالاقرار بنبوه عبد فاقر لا يجوز وكذا لو اقر به هازلا واذا
ارتد بالرد صار كانه لم يقر اصلا او نفى نسبه ثم ادعاه وهناك يصح دعوته كذا هنا وذلك لان
قوله ليس بابني انكار ان يكون للابن عليه حقوق مالية وقوله هو ابني بعد ذلك اقر على نفسه بالحقوق
المالية والاقرار بالحقوق المالية بعد انكارها صحيح ذكره في الذخيره وجامع المحبوبي ثم قال اي المشترى انا
اعتقته يتحول الولا اليه اي الى المشترى فصار كانه لم يقر اصلا **قوله** والاقرار بمثله اي بمثل
ما لا يحتمل النقض لا يبطل بالرد بعد ثبوته بالتكذيب كمن اقر بحريه عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل
اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه ولا خلاف فيه لاحد وكذا في دعوة النسب لم يبطل قوله
في حقه وفي المبسوط اقر بشيئين احدهما ثبوت النسب من الغير والاخر خروجه عن دعوى هذا النسب
اصلا وبتكذيب المقر له يبطل ما هو حقه ولا يبطل ما لا حق له فيه وهذا معنى قوله وهذا لانه تعلق به
حق المقر له الى اخره **قوله** ردت شهادته لتهمه كالفسق والقرابة ثم ادعاه اي الشاهد لنفسه
لم يصح دعوته **قوله** لجر الولا من جانب الام صورته معتقه تزوجت بعبد وولدت منه اولادا
فجنى الاولاد كان عقل جناياتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولا فكان ملحقا بعوم الام فاذا
اعتق العبد جر ولا الاولاد الى نفسه هكذا روي عن عمر ذكره قاضي خان وقد اعترض على الولا الموقوف
وهو الولا من جانب البايع وسماه موقوفا لانه على عرضيه التصديق بعد التكذيب ما هو اقوى وهو
دعوى المشترى ودعواه اقوى لقيام ملكه في الحال فكان دعوه الولا الى نفسه بسبب الاعتاق
مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك بخلاف النسب على ما مر وهو قوله ان النسب لا يحتمل
النقض ولان المعتقه اذا ارتدت ولحقت ثم سبيت واعتقت فولاؤها لمن اعتقها ثانيا وبطل ولاء
الاول والنسب اذا ثبت حقيقه لا يحتمل الاسقاط **قوله** وهذا اي ما قاله يصلح مخرجا اي حيلة
على اصل ابي حنيفه فيمن يبيع الولد ويخشى رجل ان يدعيه صبي ولد على ملكه وبيعه ولا يامن المشترى ان
يدعيه فينقض البيع فحيله الامن من انتقاض البيع ان يقر البايع انه ابن عبد الغايب فان بعد هذا
الاقرار لا يصح دعوته عنده فيامن المشترى من انتقاض البيع وفي الفوايد الظهيريه الحيله في هذه
المسله على قول الكل ان يقر البايع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول
الكل **قوله** هو ابن النصراني يعني اذا ادعياه معا وبه صرح في الفوايد الظهيريه وفيه اي لان
دعوه المسلم لو سبقت يكون عبد المسلم لان الاسلام مرجح بكسر الجيم على صيغه الفاعل فيستدعي
تعارضا ولا تعارض يعني الاسلام انما يكون مرجحا عند وجود المعارضه ولا معارضه ههنا لان المعارضة
انما يكون عند وجود المساواه ولا مساواه بين الرقيه والحريه فيما يرجع الى منفعه الصبي لان منفعه

الحرية

الحرية له اكثر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا لانه يمكنه اكتساب الاسلام بنفسه
لوضوح دلايل الوحدانيه وسطوع براهين الالوهيه ففي كل شي له ايه تدل على انه واحد وفي
عكسه الحكم بالاسلام تبعا اما لابيه او لمولاه لانه ليس في وسعه اكتساب الحريه بنفسه وقد مرت
المسله بتفاصيلها في اللقيط **قوله** مرجحا للاسلام **فان قيل** يشكل هذا بما لو
ادعى غلام نصراني قد احتلم على رجل نصراني وامراه نصرانيه انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمه انه
ابنهما واقام كل واحد بينه فبينه الغلام اولى ولم يترجح بينه المسلمين باسلامهما بعد وجود المساواة وا‌ة
من الدعويين في دعوى النسب ذكر المسله المحبوبي في جامعه **قلنا** ترجحت بينه الغلام لانه اشبه
بالمدعين وقال عليه السلام البينه على المدعي فمن كان به اشبه اولى كانت بينته اولى وذلك
لان معظم المنفعه في النسب للوالدين لان الولد يعير اذا لم يكن له اب معروف والوالد لا يعير اذا
لم يكن له ولد فكان نسبه حق لنفسه فصار اشبه بالمدعين كذا ذكره في الذخيرة وفي
الايضاح بينه الغلام اولى لانه صاحب يد فصار كما لو ادعيا عينا بالشرا من واحد واحدهما صاحب اليد فهو اولى كذا هنا **قوله** ومعنى المسله الى اخره قيد به لانه اذا لم يكن
لها زوج فالقول لها من غير بينه كما في الرجل فعلى ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشايخ من اجرى
المسله على اطلاقها ورد قولها وان لم يكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد وفرق بين الرجل والمراة
حيث يوجد دعوى الرجل النسب بلا بينه ولا يجوز من المراة ووجه فرقه ان الاصل ان كل من ادعى
معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول له فيه وكل من يدعي معنى يمكن اثباته بالبينه لا يقبل قوله
الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت الدخول وكذبها
الزوج لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينه ومثله لو علق طلاقها بحيضها فقالت حضت يقبل
قولها بلا بينه للعجز عن الاثبات بالبينه وفي مسلتنا يمكنها اثبات النسب بالبينه لان انفصال
الولد منها مما يشاهد ويعاين ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامه البينه على الاعلاق والاحبال
لمكان الخفا والتغيب عن عيون الناظرين فيصدق بلا شهاده قابله ولان دعوى الرجل اقرار على
نفسه بوجوب النفقه والحفظ والتربيه اما دعوى المراة فاقرار على الزوج اذ لا يلزمها شي من
ذلك والدعوى لا تقبل الا بحجه كذا ذكره المرغيناني وقاضي خان **قوله** ولو كان الصبي في
ايديهما الى ان قال فهو ابنهما هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له ايهما صدق
ثبت نسبه بتصديقه وعند الايمه الثلاثه لا يعتبر تصديقه قال التمرتاشي التناقض لا يمنع صحه دعوى
النسب حتى لو قال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح وقال ابنى من زنا
لم يثبت النسب منها لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك من نكاح ثبت لما قلنا وفي الايضاح
دعوى النسب لا تبطل بالتناقض لان التناقض بين المساويين ولا مساواه فان دعوى النسب اقوى من
النفي وفيه لو تصادقا على ان الولد من الزنا من فلان ثبت النسب من الزوج لان ثبوته دايم وهو
الفراش وهو حق الصبي فلا يعمل تصادقهما على ابطال النسب وكذا لو كانت المنكوحة امة او كان
النكاح فاسدا الا الفراش قد وجد **قوله** معتمدا على ملك يمين باي سبب كان مثل الشرا والهبة
والصدقة والوصية او نكاح يعني بزوج امراة على انها حره ثم ظهرت البينه انها امه فالولد في هذه
المسايل حر بالقيمة روي ذلك عن عمر في النكاح وعن علي في الشرا وذا بمحضر من الصحابة فحل محل الاجماع
قوله ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور بنى الامر على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر
والامه ملك المستحق والولد متفرع من ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقهما بقدر الامكان

الحرية

وذا ابا زعى حق المستحق في معنى المملوك وحق المغرور في صورته فيجعل حرا الاصل في حقه وعبدا في حق المستحق
ولهذا قال محمد لو تزوج عبد امراة غره رجل انها حرة فولدت ثم ظهر انها امة فالولد حر بالقيمة عنده لان
الصحابة حكموا بذلك فلا فصل بين اب واب وقال ابو حنيفة مولده من رقيقين فكيف يكون حرا والمنقول
عنهم في حق الاب الحر لانه اي يوم الخصومة يوم المنع وفي شرح الطحاوي تعتبر قيمته يوم القضا بالقيمة
لانه انعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه في العين الى البدل الا بالقضا فتعتبر قيمته يوم القضا ولو مات
الولد اي مات قبل الخصومة لا شي على الاب لان الولد لو كان مملوكا حقيقة كما في ولد الغصب لم يكن مضمونا
قبل الطلب عندنا فكذا اذا كان مملوكا بجهة **قوله** وكذا لو ترك مالا اي مات ولد المغرور وترك مالا
ميراثا لابيه لا يضمن الاب شيا من قيمته وهذا الدفع شبهه وهي ان يقال لما اخذ ديته قام الدية مقام الولد
في المنع فينبغي ان يجعل منع تركته كمنع ديته فقال في جوابه الارث ليس ببدل عنه اي عن الولد بخلاف الدية
ثم بعد الولد سالما بسلامة الارث فلم يعدم شيا والمال لابيه لان الولد حرا الاصل في حقه فما ترك يكون
ميراثا لابيه **فان قيل** ينبغي ان يكون الارث مشتركا لانه رقيق في حق المستحق وان كان حر
الاصل في حق المستولد ايضا واما قدرنا الرق في حق لضرورة القضا بالقيمة والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة ولا الولد لو كان رجلا فهو احق بماله لعدم استحقاق المستحق في ماله بالسلك فكذا
بعد وفاة الولد هو احق به يخلفه وارثه وكذا لو قتله غيره اي غير الاب واخذ الاب ديته وفي
المبسوط لو قضى له بديته ولم يقبضها لم يوجد بالقيمة لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه من البدل
ولو كان للولد ولد حر ورث ديته ميراثه مع الاب يخرج للاب من الدية مثل القيمة او دونها قضى على
الاب بمثل ذلك لتحقق المنع في البدل ولا يقضى في التركة ولا في الدية لان هذا الضمان مستحق على الاب
ميتا قضي في تركة الاب لانه دين عليه فيستوفى من تركته **قوله** ويرجع اي المشتري المغرور
على بائعه بقيمة الولد لانه اي بائعه ضمن له اي للمشتري سلامته اي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب
فوق الاستحقاق **قوله** بخلاف العقر اي لا يرجع بالعقر الذي اخذ منه المستحق فانه يجب عليه
العقر بالاجماع لو وطيه امة الغير وسقط الحد للشبهة يجب العقر وقال الشافعي يرجع بالعقر كما
يرجع بقيمة الولد وثمن الامة وبه قال مالك واحمد لانه ضمان لزمه بسبب فوت سلامة مستحقة
بالعقد ولان البائع مال عنده فصار كاستحقاق جزء منه وقلنا العقر عوض عما استوفى من منافع
البضع فلا يستوجب الرجوع على غيره لانه لو رجع به سلم المستوفى له مجانا والوطي في ملك الغير لا
يجوز ان يسلم للواطي مجانا بخلاف ما ذكر لان البايع ضمن سلامة المبيع والاولاد للمشتري فيرجع اذا لم
يسلم له وفي المبسوط ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشي من قيمة الولد عندنا وقال الشافعي
يرجع به لان الغرور قد تحقق منه باخباره الملك له في المحل واجباره انها مملوكته سوا كان بعوض او بغير
عوض وقلنا بمجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان من اخبر آخر بان هذا الطريق آمن فسلك فيه
فاخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر بشي وانما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لاستحقاق
صفة السلامة مستحقة ولهذا لا يجب له فيه حق الرد بالعيب فلا يرجع المتبرع بقيمة الاولاد ولان
عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع ولهذا لو وهب شيا لا يجب عليه تسليمه والملك
لا يحصل له قبل التسليم كيلا يلزمه ضمان التسليم ولو باعها المشتري من آخر واستولدها المشتري الثاني
ثم استحقها رجل وجعل القاضي الولد حرا بالقيمة يرجع المشتري الثاني على البايع الثاني بالثمن وقيمة
الولد ويرجع المشتري الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها
عند ابي حنيفة لان البايع الاول ضمن للمشتري الاول سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري الثاني

لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني يضاف الى البايع الثاني لا الاول وعندهما يرجع بقيمة
الولد ايضا لان المشتري الثاني انما يرجع على بايعه بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد في ضمن
البيع وهذا المعنى يقتضي رجوعه على البايع الاول لان البايع الاول ضمن سلامة الولد له ولم يسلم لما انه
اخذ منه قيمة الولد والله اعلم

كتاب الاقرار

لما فرغ من الدعوى شرع في الاقرار لان جواب الدعوى اما ان يكون اقرارا او انكارا فشرع في الاقرار
ثم بالصلح لانه يكون في الاغلب بعد الانكار ومحاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط الواجب عن ذمته
ومنها ايصال الحق الى صاحبه وارضاء صاحب الحق وارضاء خالق الخلق بكتم من صاحب ملك لا يعرف
ملكه او لا يعرف مقدار حقه او ملكه ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووفاء العهد **ثم**
الكلام في الاقرار لغة وشرعا وفي ركنه وشرطه وحكمه ودليل كونه حجة **اما لغة** فافعال
من قر الشي اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود **واما شرعا** فاخبار عن
ثبوت الحق للغير على نفسه **وسببه** ارادة اسقاط الواجب عن ذمته **وركنه** الالفاظ
فيما يجب به موجب الاقرار **وشرطه** العقل والبلوغ بلا خلاف وفي كون المقر غير مبذر او غير
سفيه وغير سكران اختلاف **وحكمه** ظهور ما اقر به ولزومه لا اثباته ابتداء الا
ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا
لو اقر بمال لغيره كاذبا والمقر له يعلم انه كاذب لا يحل له اخذه عن كره منه ديانة الا ان يسلمه
بطيب نفسه فيكون تمليكا مبتدا ونقل حكمه لزوم ما اقر به على المقر وعمله اظهار ما اقر به لا التمليك
به ابتداء **و** يدل عليه مسايل منها انه لو اقر بعين لا يملكه يصح اقراره وان لم يملك تمليكه حتى لو ملكه
المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له منها ان اقرار المسلم بالخمر يصح وان لم يملك تمليكا مبتدا
ومنها ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة
ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة منها ان العبد المادون لو اقر بما في يده صح
ولو تبرع به ابتدا لا يجوز **وهو** مشروع بالكتاب قال تعالى شهدا بالقسط ولو على انفسكم قال
المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقال تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهد وقال تعالى
وليملل الذي عليه الحق والاملا الاقرار وقال تعالى واذ اخذ الله ميثاق النبيين الى قوله واقررتم
واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا وقال تعالى وآخرون اعترفوا بذنوبهم وقال تعالى الست بربكم
قالوا بلى **و** بالسنة فما روي انه عليه السلام رجم ماعزا باقراره على نفسه بالزنا والغامدية باقرارها
وفي حديث العسيف فاغد يا انيس بامراة هذا فان اعترفت فارجمها فلما جعل الاقرار حجة في الحدود
التي تدرا بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها اولى وعليه اجماع الامة **و** الدليل المعقول ان الاقرار
خبر محتمل للصدق والكذب فيرجح جانب الصدق لانه غير متهم فيه فان المال محبوب المرء طبعا
فلا يقر لغيره كاذبا مع كمال عقله ودينه طبعه والرواجر شرعا عن الكذب **قوله** اخبار عن
ثبوت الحق لا اثبات كما مر وفي المحيط ولهذا لو اقر بخمر لمسلم يصح ويؤمر بتسليمها اذا طلب
استرداده ولو اقر بخمر مستهلكة له لا يصح لانه لا يجب للمسلم بدل الخمر لو فوته دلالة اي لو وقع
الاقرار دلالة على وجود المخبر به **قوله** وملك المراة وهي الغامدية امراة من غامد حي
من الازد **قوله** وهو حجة قاصرة بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وله ولاية نفسه
دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق
على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية فلا يصدق عليهم

وقوله لان اقراره اى اقرار العبد المحجور محمدا اى عرف موجبا تعلق الدين متصل بقوله لا يصح
اقراره بالمال وهى مال المولى يعنى صفقت ذمته بالرق فانضم اليها ماليه الرقبه وهى ملك المولى فلا
يصح اقراره عليه قوله بخلاف الماذون لانه اى الماذون مسلط عليه اى على الاقرار من
جهته اى من جهة سيده لانه لما سلطه على التجارة والتجاره لا تكون الا بصحه الاقرار اذ لو لم يصح
اقراره انحسر عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ لا يتهيا لهم الاشهاد
فى كل تجارة كذا فى مبسوط شيخ الاسلام والذخيره ولا خلاف فيه بخلاف الحدود والقصاص
لانه مبقى على اصل الحريه ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبه قال الشافعى ومالك
وابو الخطاب الحنبلى وعن احمد ان اقرار العبد بالحد والقصاص فى ما دون النفس يصح واقراره بما
يوجب القصاص فى النفس لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزنى وداود وابن جرير الطبرى
لانه يسقط حق سيده فاشبه الاقرار بقتل الخطا قوله ولا بد من البلوغ والعقل ولا نعلم فيه
خلافا قوله الا اذا كان الصبى العاقل ماذونا فيصح اقراره فى قدر ما اذن له فيه وبه قال احمد
فى روايه وقال الشافعى لا يصح اقراره مطلقا ثم لو ادعى البلوغ بالاحتلام فى وقت امكان صدق فيه
وبالسن لا يصدق الا ببينه وبه قال مالك واحمد فى روايه الظاهر قوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم
عن ثلاث عن الصبى حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وقلنا انه عاقل مختار يصح
تصرفه باذن الولى وكذا اقراره كالبالغ وكما لو اقر بلوغه او دبر او اوصى فانه يصح تدبيره ووصيته
فى قول عند الشافعى والحديث يدل على رفع التكليف والاثم لا على عدم صحة تصرفه ولما اذن الصبى فى
التجاره صح اقراره بدين لرجل او وديعة او عاريه او مضاربة او غصب لانه التحق بالاذن لدلالة
الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجنايه والكفالة لانها غير داخله تحت الاذن فى التجارة
اذ التجارة مبادله المال بالمال والنكاح مبادله مال بغير مال والكفاله تبرع من وجه فلم يكن
تجارة والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم معرفتهما وتمييزهما ولا يعلم فيه خلاف واقرار السكران يصح
بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والرده وينفذ سائر التصرفات من السكران كما ينفذ من الصاحى
وقد مر تمامه فى الطلاق قوله وجهاله المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولا نعلم فيه خلافا قوله
لا يعلم ارشها لان الواجب فى الجراحات ان يساوى حولا فلا يعلم فى الحال موجبه قوله يصح به اى
بكون المقر به مجهولا بخلاف الشهاده حيث لا يصح مع كون المشهود به مجهولا مع انها اخبار عن ثبوت الحق
ايضا لان الشرع لم يجعل الشهاده حجه الا بعد العلم بالمشهود به قال تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهاده لا توجب حقا الا بانضمام
القضا والقضا بالمجهول لا يتصور اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضا وقد امكن ازالة الجهالة
بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح عن الشهادة قبل القضا بها
كذا فى المبسوط قوله بخلاف الجهاله فى المقر له فانها تمنع صحة الاقرار بلا خلاف وفى الذخيره جهالة
المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم يكن
متفاحشة لا تمنع بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين وقال شمس الائمه السرخسى لا يصح ايضا فى هذه
الصورة لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدته الجبر على البيان ولا جبر على البيان ههنا والاصح انه
يصح لانه يفيد فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق
الاخذ قوله فان لم يبين اجبره على البيان وبه قال الشافعى ومالك واحمد وقال الشافعى فى قول ان
وقع الاقرار المبهم فى جواب دعوى وامتنع عن التفسير جعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان اصر

نكر
جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعى وان اقر ابتدا قلنا للمقر له ادع عليه حقك فاذا ادعى واقر او
اجرينا عليه حكمه قوله يصح اقراره بالتجارة قوله لفلان على شى وكذا لو قال
حق لزمه ان يبين ما له قيمه قل او كثر نحو حبه او فلس او جوزه او ما اشبه ذلك ولا نعلم فيه خلافا وفى
الايضاح ولا بد ان يبين شيئا مما يتمايعه الناس ويقصد بالغصب لان ما لا يقصد به كالتراب لا يسمى غصبا
ولو بين مما يقصده الناس ولا قيمه له قبل قوله فيه عند مشايخ العراق نحو ان يقر انه غصب صبيا حرا
او جلد ميته وقال مشايخ ما وراء النهر لا بد ان يبين ما له قيمه لان الاقرار بالغصب اقرار بموجبه وموجبه
الرد وانما يتكامل الرد بايجاب القيمه عند تعذر رد العين وكذا الخلاف اذا فسر بما لا يضمن بالغصب
كغصب العقار وخمر مسلم ولو فسره بحب حنطه او شعيرا وسمسم وما اشبه ذلك لا يقبل وبه قال
الشافعى فى وجه ومالك واحمد وقال الشافعى فى وجه يقبل لانه شى يحرم اخذه وعلى من اخذه رده
وقلنا هذا لا يتمول عاده على انفراده فلا يتحقق فيه التمانع ويقبل تفسيره بالكلب وبه قال مالك
والشافعى فى وجه واحمد فى روايه ولو فسره بجلد ميته او خنزير او خمر مسلم قبل قوله فى قول
مشايخ العراق وبه قال الشافعى واحمد فى روايه وعند مشايخ ما وراء النهر لا يقبل قوله لانه لا
قيمه لهذه الاشياء وبه قال مالك والشافعى فى وجه واحمد فى روايه قوله لما فيها اشاره الى
قوله اخبر عن الوجوب فى ذمته وفى المحيط لو قال لفلان على حق ثم قال عنيت به حق الاسلام
لا يصدق وان قال موصولا صدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف وقال الشافعى ومالك واحمد
لا يصدق فى الوجهين لان كلمة على توجب الوجوب فى الذمه ولا وجوب هنا والحاصل ان كل تصرف
لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهاله صحيح وذلك
كالغصب والوديعة وكل تصرف يشترط لصحة تحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار
به مع الجهاله لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان او اشترى منه شيئا لا يصح
اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شى لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع شيئا
مجهولا لا يجب تسليمه بحكم البيع لكونه فاسدا فاذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب منه شيئا
مجهولا فى كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار قوله ويقبل قوله فى القليل والكثير وبه
قال الشافعى واحمد لاطلاق اسم المال عليه ومالك فى وجه وحكى عن مالك ثلاثه اوجه احدها
كقولنا وثانيها لا يقبل الا اول نصب من نصاب الزكاة من نوع من اموالها وثالثها لا يقبل
الا فيما يستباح به البضع والقطع فى السرقه الا انه لا يقبل فى اقل من عشره دراهم عندنا لان المكسور
لا تعد بالاعاده ذكره فى المبسوط قوله ولو قال مال عظيم الى اخره وفى المبسوط عندهما لا
يصدق فى اقل من مائتى درهم وهو روايه عن ابى حنيفه وعن ابى حنيفه لا يصدق فى اقل من عشرة دراهم
والاصح على قول ابى حنيفة انه يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف
ذلك عند الغنى ليست بعظيمه وكما ان المائتين عظيم فى حكم الزكاة فالعشره مال عظيم فى قطع السرقه
فتعارض فيرجع الى حال المقر وعلى حاله يبنى وقال الشافعى واحمد يقبل تفسيره فى قوله مال عظيم او كثير
او جليل او خطير بالقليل والكثير لان العظيم والكثير لا حد له فى الشرع واللغه والعرف ويختلف الناس
فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير فاحتمل الوجوه فيرجع الى بيانه وقلنا فى هذا الغا قوله
عظيم لانه حينئذ لا فايده فى تخصيص وصف العظيم وعن بعض اصحاب مالك فيه ثلاثه اوجه كما فى المال
وقال بعض اصحابه يزيد على ذلك اقل زيادة وقال بعض اصحابه قدر الدية وقال الليث الكثير اثنان
وسبعون لانه قال لقد نصركم الله فى مواطن كثيرة وغزواته اثنان وسبعون وفيه بعد لان الاية تدل

على ان الاسن وسمعس كثيره ولا سعى الكثره عن غيره **قوله** وعند ابي حنيفه مثل جواب
الكتاب وهو انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم كما هو من روايه المبسوط **قوله** وهذا اي ما
ذكرنا انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم كما اذا قال من الدراهم يعني بين وقال مرادي من المال
العظيم الدراهم **قوله** فيه من جنسه وانما اشترطان يجب فيه من جنسه حتى يكون عظيما
لان ايجاب خلاف جنسه كايجاب شاة في خمس من الابل دليل حقارته وقصوره وقلته كذا في الذخيره
والايضاح لو قال على مال نفيس او كريم او جليل او خطير قال الناطفي لم اجد منصوصا وذكره
الجرجاني يلزمه مائتان وعند الايمه الثلاثه العظيم والكبير والنفيس والجليل والخطير والكريم سوا كما
ذكرنا ولو قال دريهم او دنينير يلزمه درهم ودينار لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير
وقد يذكر على طريق الاستقلال ولا ينقص عن الوزن وعند الايمه الثلاثه يصدق فيما فسره كما في قوله
حقيرا او خسيس ولو قال على حنطة كثيره فهذا على خمسة اوسق عندهما وعند ابي حنيفه لا نصاب الحنطه
فرجع الى بيان المقر وعند الايمه الثلاثه الحكم فيها كالحكم في مال كثير ولو قال غصبته ابلا كثيره فهذا
على خمسه وعشرين لانه ادنى ما يجب فيه الزكاة من جنسه **قوله** من في سياه اي نوع حتى لو
قال من الدراهم كان سماية درهم **قوله** ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد
وعشر وكذا لو قال دينارا او كيليا او وزنيا لم يصدق في اقل من احد عشر حتى لو قال كذا كذا قفيزا
من حنطه لزمه احد عشر قفيزا ونحو ما وبه قال ابن عبد الحكم المالكي نقله عن مالك وكذا لو قال كذا كذا
درهما ودينارا لزمه احد عشر منهما عند مالك ولو قال كذا درهما بدون التكرير لزمه درهم وذكر
في الذخيره والتتمه محالا الى الجامع الصغير يلزمه درهمان لان كذا كنايه عن العدد واقل العدد درهمان
والواحد لا يكون عددا وقال الشافعي واحمد في قوله كذا درهما وكذا وكذا ففيه اربعه اقوال احدها
ان يقول درهم بالرفع يلزمه درهم وتقديره شي هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا وثانيها ان يقول
درهم بالجر يلزمه جزء درهم وكذا يكون كنايه عن جزء درهم وثالثها ان يقول درهما بالنصب ونصبه
على التفسير وهو التمييز فيلزمه درهم ورابعها ان يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضا لانه
يجوز ان يكون اسقط حركة الجر للوقف وقال القاضي الحنبلي وبعض اصحاب الشافعي يلزمه درهم في الحالات
لان كذا كنايه عن الدرهم عادة ولكن قال الشافعي واحمد ان كذا اسم مبهم صح تفسيره بجزء درهم ولو
قال كذا او كذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فصار كانه قال
هما درهم ولو قال درهما بالنصب فيه ثلاثة اوجه احدها يلزمه درهم واحد وهو قول بعض
اصحاب احمد والشافعي في قول لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد
جاز وكان كلاما صحيحا وثانيها يلزمه درهمان وهو قول بعض اصحاب الشافعي في قول لانه ذكر جملتين
وفسرهما بدرهم فعاد التفسير الى كل منهما وثالثها يلزمه اكثر من درهم وبه قال بعض اصحاب
احمد ولعله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجمله وبقيت الاولى على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه كذا ذكر
ابن قدامه في المغني ثم قال واللفظ يحتمل ما ذكرنا ويحتمل ما ذكره اصحاب ابي حنيفه فوجب المصير الى ما
قلنا لانه يقين والزيادة مشكوك وقلنا ان كذا كنايه عن العدد والدرهم وما دونه لا يكون عددا
فلا يكون كنايه عنها فتعين ما قلنا ولهذا لو قال لفلان علي كذا درهما يلزمه درهمان على ما نقلناه من
الذخيره وما قال في الهداية يلزمه درهم لانه نفع كذا كناية عن الدرهم في العرف والعادة فيكون
درهما تفسيره وما نقله ابن قدامه في المغني وصاحب الحليه عن محمد انه ذكر اذا قال كذا درهما
لزمه عشرون درهما عدده لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب خلاف ما ذكره في الهداية والذ[خيره]

٢٥٩ والتتمه وفتاوى قاضي خان كما ذكرنا ولم اجده في الكتب المشهوره لاصحابنا وعند ابن الحكم المالكي
يلزمه عشرون **قوله** وقبلي ينبي عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل
قبيلا لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجه الدين قباله وهو ظاهر قول الايمه الثلاثه ولو
قال هو وديعه اي في قوله علي او قبلي **قوله** والاول وهو انه اقرار بالدين اصح ذكره في
المبسوط وعلل بان استعماله في الديون اغلب واكثر وكان الحمل عليه اولى **قوله** او صندوقي
وكذا لو قال في كيسي فهو امانه لما ذكره في المين ولان هذه المواضع انما تكون محلا للعين لا
للدين فان الدين محله الذمه ولهذا اقلنا على كلمة ايجاب فيكون في الذمه وكذا قبلي كلمة ضمان والضمان
في الذمة **قوله** فثبت اقلهما وهو الامانه وهو ظاهر مذهب الايمه الثلاثه بخلاف ما لو
قال على مائه درهم دين ووديعه او وديعه ودين فانه لا يثبت الامانه ويكون دينا مع التصريح
بلفظ الامانه لان تنوع اللفظ الى الامانه والدين انما نشا من لفظ واحد وفي تلك المسئله بالتصريح
من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانه والاخر للدين فاذا اجمع بينهما في الاقرار
يترجح الدين كذا في المبسوط وهذا لا استعاره لفظ الدين لما يوجب الامانه ممكن لا على العكس
لانه يمكن ان يستعار لفظ الوجوب لوجوب الحفظ في الامانه اما لفظ الامانه ينبئ عن عدم الوجوب
في الذمة فلا يصلح استعارته للوجوب **قوله** ولو لم يذكر حرف الكنايه وهو الها لا يكون
اقرارا وقال الشافعي واحمد في قوله اتزن واستعد لا يكون اقرارا بها وغيره وبه قال بعض اصحاب
مالك لانه لم يوخذ منه حقيقه التزام وقد يوجد مثل ذلك ممن يستهزئ ويبالغ في الجحود فلا
يكون اقرارا بالشك وعن بعض اصحاب الشافعي اذا كان بحرف الكناية يكون اقرارا كقولنا وقال
ابن سحنون المالكي يكون اقرارا في الوجهين الا اذا قال اتزن او زنها ما ابعدك من ذلك او قال
من اي ضرب تاخذها ما ابعدك من ذلك فليس باقرار وفي قوله قضيتكما او قضيت او ابراتني
اقرار عند الايمه الثلاثه وعن بعض اصحاب الشافعي ان قوله ابراتني عنه ليس باقرار لقوله تعالى
فبراه الله مما قالوا وبرئته عن عيب لا يدرة لا يقتضي اثبات له قلنا هذا هكذا فيما اتهموه اما
لا يصح ذلك في دعوى الدين **قوله** ودعوى الابرا كالقضا بان قال ابراتني كالقضا
لما بينا وهو انه يقتضي سابقه الوجوب وفي المحيط لو قال لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها
او اقعد فاقبضها او خذها او لم تحل بعد هذا او قال غدا او ارسل من يتزنها او بعضها او قال
ليست بمتهياة او متيسره اليوم او اخرها عني او اودنها او قال ما اكثر ما تتقاضا او عميتني
بها او حتى يدخل علاي او نقد ما او اجلنيها على عز ما يك او قال قضيتكها او ابراتني او حللتني
فكلها اقرار لانها تقتضي سابقه الوجوب ولو قال اتزن او استعد او اخر او سوف اعطيك
ولم يذكر مع حرف الكناية لا يكون اقرارا وهكذا لو تكلم بالفارسيه الا ان كلمة الشين في الفارسية
مقام ها الكناية حتى لو قال الاخر هزار درم مرا بر بيست فقال بسنجش او بركشش او قال كيسه
دوزش او قال بدهمش او قال بزد اده همش يكون اقرارا ولو قال بغير كلمة الشين بان قال بسنج
او بركس او كيسه دوز لا يكون اقرارا ولو قال كيسه دوزش بكسر الزاي او قال بركسش بكسر
الشين قيل لا يكون اقرارا والاصح انه يكون اقرارا وفي المبسوط والمحيط ولو قال لي عليك الف
الف فقال نعم يكون اقرارا الا ان نعم لا يستقل بنفسه اما لو قال هل عليك الف فاومى براسه
نعم لا يكون اقرارا الا ان الاشاره لا تقوم مقام الكلام من غير الاخرس وكذلك اذا قال ساعطيكها
او غدا اعطيكها او اتزنها او خذها بالها فلا بد من حمل كلامه على الجواب لان الكناية راجعة

اليها بخلاف ما لو قال لغيرها الكناية بان قال اتزن الى اخر ما ذكرنا حيث لا يكون اقرارا الا ان الكلام
مستقل بنفسه فيحمل على الابتدا لانه حقيقته ومعنى قوله اتعد واتزن اى اتعد وَتَزن انا للناس والتسبب
به فلا يودى بالدعوى الباطلة وكذا لو قال والله لا اقضيكها اليوم ولا ازنها لك اليوم يكون اقرارا
لان نفي القضا والوزن في وقت بعينه لا يكون الا بعد وجوب اصل المال لانه لو لم يكن اصل المال
واجبا فالقضا لا يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تاكيد نفي القضا باليمين لانه في نفسه منتف
وقيل هذا من صوره كان نفي الشي واثباته يكون تصديقا لكلام المدعي فانه لو قال قضيتكها
يكون اقرارا وكذا لو قال اتزنها ولو قال اقضيكها اليوم او لا اتزنها لك اليوم يكون اقرارا
ايضا كما ذكرنا ولو قال اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم فقد اقر بالثوب والعبد له وكذا لو
قال افتح باب داري هذا او جصص داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرج بغلي او
لجام بغلي هذا فقال نعم يكون اقرارا ولو قال لا في جميع ذلك يكون اقرارا ايضا وفي بعض نسخ كتاب
الاقرار لا يكون اقرارا بذكر لا اما لو قال لا اعطيكها اليوم او ابدا فهو اقرار لانه ذكره بالكناية
فكانه قال لا اعطيك شرح بغلك اليوم او ابدا ولو صرح بهذا كان اقرارا فكذا في الكناية
قوله وكذا دعوي الصدقة والهبة بان قال تصدق به علي او وهبته لي لان هذا دعوى
التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين الثابت **قوله**
لزمه الدين حالا وبه قال ابو الخطاب وبعض اصحاب الشافعي وقال الشافعي واحمد لزمه موجلا
لانه اقر بمال بصفة فيلزمه بالوصف الذي اقر كما لو اقر بدراهم زيوف او جياد او سود وقلنا
اقر بدين وادعى حقا لنفسه فلا يصدق كما لو اقر بعبد وادعى الاجارة بخلاف السود لان السواد
نوع فيها اذا الدراهم لا تستطيع الا بغش والاجل في الدين عارض لا يثبت الا بشرط والقول لمنكر
العارض **قوله** وقد مرت المسئلة في الكفالة اى في باب الضمان مع الفرق **قوله**
على مائة ودرهم وفي جامع قاضي خان وكذا لو قال ودرهمان كلها دراهم وبه قال احمد في روا
في العدد ونحوه لان العرب يكتفي بتفسير احدى الجملتين عن الاخرى قال تعالى ولبثوا في كهفهم ثلثمائة
سنين وازدادوا تسعا وقال تعالى عن اليمين وعن الشمال قعيد وبه قال الشافعي اي بالقياس وبه
قال مالك واحمد في رواية **قوله** وهذا اى كون العطف للبيان فيما يكثر استعماله وذلك اي
كثرة الوجوب بكثرة المعاملة في المقدرات كالموزونات والمكيلات لانه تثبت دينا في الذمة سلما وقرضا
وثمنا وكذا في جميع المعاملات بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانها لا يكثر وجوبها في الذمة
فان الثياب لا تثبت الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
في قوله لفلان علي مائة وثوب او شاة ان الكل ثياب وشياه لما ان الغنم والثياب تقسم قسمة واحدة
بخلاف العبيد لانها لا تقسم قسمة واحدة وما تقسم قسمة واحدة يتحقق في اعدادها المجانسة من وجه
فيمكن جعله تفسيرا للمبهم وكذا اذا قال مائة وثوبان يعني كقوله مائة وثوب بلا خلاف و**قوله**
لما بينا اشارة الى قوله الثياب الى اخره **قوله** فانصرف اليها اى الى العددين ولا يقال الاثواب
جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد كما في قوله تعالى ثلثمائة سنين وقيل يجوز
ان يوضع الجمع موضع المفرد كما يميز بالجمع في قوله بالاخسرين اعمالا **قوله** ومن اقر بتمر في قوصره
الى اخره في المغرب القوصرة بالتشديد والتخفيف وعا التمر يتخذ من قصب وقولهم انما يسمى ذلك
ما دام فيها التمر والا فهي زنبيل مبني على عرفهم والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة
اليا سايح في المبسوط الاصل في جنس هذه المسايل ان ما كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب

في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وتمر في قوصره وان كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول
نحو غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح للظرفية بخلاف قوله من قوصره لان
كلمة من للانتزاع اى لابتدا الغاية فيكون اقرارا بان ابتدا الغصب من قوصرة واما كلمة على نحو ان
يقول غصبت اكافا على حمار وسرجا على فرس كان اقرارا بغصب الاكاف خاصة وبه قال الايمة الثلاثة
والحمار لبيان محل الغصب حين اخذه وغصب الشي لا يكون مقتضيا غصب المحل **قوله** وفسره
في الاصل اى المبسوط بقوله غصبت تمرا في قوصره وبقولنا قال احمد في روايه وقال الشافعي
ومالك واحمد في روايه يكون اقرارا بالمظروف لا بالظرف لان اقراره لم يتناول الظرف ويحتمل ان
يكون ظرفا للمقر فلم يلزمه وعن بعض فقها المدينة ان كان المقر به دابة لا يستغني عن ظرف دخل
الظرف في الاقرار وان كان جامدا لم يدخل وقلنا انه اقر بغصب التمر موصوف بكونه مظروفا
وغصب الشي موصوف بكونه مظروفا لا يتحقق بدون غصب الظرف لان الاقرار اخبار والاقرار بالغصب
اخبار عن نقله اذ الغصب نقل ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفا الا بنقل الظرف
فصار اقرارا بغصبهما ضرورة كذا في كتب اصحابنا وفيه نوع تامل **قوله** لزمته الدابة خاصة
وبه قالت الايمة الثلاثة وانما قال لزمته الدابة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا
الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة وابي يوسف في الدابة خاصة فانه ذكر
في المبسوط ولو قال غصبتك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة لان البيت قد يكون
وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب لا البيت في
قولهما اذا غصب العقار لا يوجب الضمان عندهما **قوله** لزمه الحلقة والفص ولا نعلم
فيه خلافا وكذا لو اقر بدار او ارض لرجل دخل البنا والاشجار اذا كانا فيها حتى لو اقام المقر بينة بعد
ذلك ان البنا والاشجار لي وكذا لو قال الفص لي لم يصدق ولم تقبل بينته ولو قال هذا الخاتم وفصه
لك هذا السيف لي وحليته لك وهذه الجبة لي وبطانتها وقال المقر له الكل لي فالقول للمقر وبعد
ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر يومر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر
فواجب على المقر ان يعطيه قيمة ما اقر به كذا في الذخيره • النصل حديد السيف الحفن غمد السيف
والحمايل جمع الحمالة بكسر الحا وهي علاقة السيف المحلاه يعني يزين بالذهب والاسرة والعيدان برفع
النون جمع عود وهو الخشب كالديدان في جمع دود ولا نعلم خلافا في هذه المسايل **قوله**
لزماه جميعا والخلاف فيه كالخلاف في الاقرار بالتمر في قوصره **قوله** لان النفيس من الثياب الى
اخره في المبسوط فاذا صلح ظرفا كان بمنزلة قوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتاخير
فيصير كانه قال عشره اثواب في ثوب وقال ابو يوسف العشره لا يكون وعاء معناه ان الوعاء غير
الموعى وكان كل ثوب يكون موعى في حق ما وراه فلا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فاذا لم
يتحقق كون العشرة وعاء للواحد كان اخر كلامه لغوا وحمله على التقديم والتاخير اشتغال بايجاب
المال في الذمة بالمحتمل وذا لا يجوز واما قوله ان النفيس من الثياب قد يلف في عشره اثواب منقوض
على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير انه يلزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب
حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة **قوله** يريد الضرب والحساب لزمه خمسه وبه قال الشافعي
وكذا اذا لم يكن له نية يلزمه عشره عندنا والشافعي ومالك في روايه وقال الحسن بن زياد يلزمه خمسة
وعشرون ان اراد الضرب وبه قال احمد ومالك في رواية وقال زفر يلزمه عشرون اذا الطول لان
حرف في بمعنى حرف مع قال تعالى فادخلي في عبادي اى مع عبادي فيحمل على هذا تصحيحا لكلامه وقلنا

في للظرف حقيقه والدراهم لا يكون ظرفا واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى
مع كما ذكر وقد يكون بمعنى على قال تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل وليس
احدهما من الاخر فيلزمه خمسه فتناول كلامه ولغي اخره وهو قوله في خمسة اما اذا قال اردت
مع خمسه يلزمه العشره بلا خلاف لتعين احد المجازين بالنيه وبه قال الشافعي واحمد ولم يذكر
في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد بفي معنى على ما حكمه عندنا ولكن ذكر في الذخيره يلزمه عشره
كما لو نوى الضرب وبه قال الشافعي ومالك **قوله** لزمه ستة عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي
في قول ومالك في روايه واحمد في وجه وقال ابو يوسف ومحمد يلزمه العشره وبه قال الشافعي
في قول ومالك في روايه واحمد في وجه وقال زفر يلزمه ثمانيه وبه قال الشافعي في قول واحمد
في وجه ومالك في روايه في قوله ما بين درهم الى عشره وقد مرت المسايل والدلايل في الطلاق

فصل لما تغيرت مسايل الحمل ذكرها بفصل على حدة الا انه الحق مسايل
الخيار بها اتباعا للمبسوط ولو الحمل بمال وبين سببا صالحا صح الاقرار والا لا ولا نعلم فيه خلافا
ثم اذا جاءت من وقت الاقرار في مدة يعلم انه كان قايما وقت الاقرار كان المقر به له وذلك طريقين
احدهما حقيقي بان وضعته لاقل من سته اشهر لكن المراة من وقت الاقرار والثاني حكمي بان وضعته
لاكثر من سته اشهر لكن المراة تعتد فثبت نسبته لاقل من سنتين ولو لم معتدة وجاءت به لاكثر من سته
اشهر لم يستحق شيا **قوله** فالمال بينهما اي ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا
والاخر انثى ففي الوصيه بينهما نصفين وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان الولد ميتا فالمال
للموصي وللمورث يقسم بين ورثته وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يبطل اقراره لعدم مستحقه
قوله لانه مستحيل اذ البيع والاقراض لا يتصور حقيقته من الجنين وهو ظاهر وكذا حكما لانه
لا ولاية لاحد على الجنين حتى يصير تصرفه كتصرفه فصار كلامه لغوا فلا يلزمه شي **فان قيل**
بيان السبب يكون رجوعا عن الاقرار جحده والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا **قلنا** بل هو
بيان سبب محتمل ولا رجوع اذ قد يشتبه على الجاهل فيظن ان الولاية تثبت على الجنين كالولد المنفصل
وبنى نسبه على ظنه وكان كلامه بيانا لا رجوعا فيقبل كذا في المبسوط **قوله** وان ابهم
الاقرار اي لم يبين السبب لم يصح عند ابي يوسف وقيل ابو حنيفه معه وبه قال الشافعي في قول
وقال محمد يصح وبه قال الشافعي في الاصح واحمد ومالك لان هذا اقرار صدر من اهله فيجب اعماله
فيحمل على السبب الصالح تصحيحا لكلام العاقل واعمالا للاقرار الذي هو من الحجج ولابي يوسف وجهان
احدهما ان الاقرار المطلق ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فصار كانه فسره به كما حمل اقرار العبد
الماذون واحد المتفاوضين عليه اي على الاقرار بسبب التجاره ولا يحمل اقرارهما على دين المهر وارش
الجناية حتى لا يواخذ العبد في حال رقه ولا يواخذ الشريك الاخر به كذا في المبسوط والثاني ما ذكر
في الذخيرة وهو ان اقراره احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز
له وجهان الوصيه والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما اولى من الاخر فيحكم بالفساد كمن اشترى
عبدا بالف درهم وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري بعد اخر من البايع بالف وخمسمايه وقيمتهما
على السوا كان البيع في المشترى فاسدا وان احتمل الجواز لان الجواز جهتين بان يصرف اليه مثل الثمن او
اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما اولى من الاخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد **قوله**
لان له اي لهذا الاقرار وجه صحيح بان اوصى رجل بالحمل لاخر ومات فاقر وارثه بان هذا الحمل لفلان
ولا وجه لتصحيح غيره فيتعين طريق التصحيح فيصح وقال الشافعي ان اطلق لا يصح في قول نقله المزني عنه

ذني

قول يصح وهو الاصح وبه قال احمد ومالك ان تيقن بوجوده عند الاقرار **قوله** ومن اقر بشرط
الخيار صورته ان اقر لرجل بدين من قرض او غصب او وديعة او عاريه قايمه او مستهلكه على انه بالخيار
ثلاثة ايام فالاقرار جايز لوجود الصيغه الملزمه وبطل الخيار لان الاقرار اخبار لا مدخل للخيار في الاخبار
لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره او لم يختره وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا
يتغير باختياره وعدمه وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضايه ولا
نعلم فيه خلافا لان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل
التعليق بالشرط فكذا لا يحتمل الخيار اما لو اقر بدين من ثمن مبيع على انه فيه بالخيار فان هناك ثبت الخيار
اذا صدقه صاحبه لان سببه يقبل الخيار وان كذبه صاحبه لم يثبت الخيار لان مطلق البيع اللزوم والخيار
امر عارض فلا يثبت الا بحجه ● ولو اقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة او قصيرة
فان صدقه المقر له فهو كما قال والخيار ثابت له الى اخر المدة لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار
فيه فيجعل ما تصادقا كالمعاين في حقهما كذا في المبسوط

باب الاستثنا وما في معناه لما ذكر حكم الاقرار شرع في بيان ما يتغير به موجبه وهو
الاستثنا **قوله** لا بد من الاتصال وهو قول الايمة الاربعه وفيه خلاف بعض العلما
وقد بين في الاصول مع دلايله وعن عبد الملك المالكي لا يصح الاستثنا وقد مر في الطلاق
في فصل الاستثنا ونقل عن مالك انه لا يصح الاستثنا في الاقرار ونقل عنه انه لا يصح استثنا الاحاد
من العشرات ولا المايين من الالوف بل يصح استثنا الاحاد والعشرات من المايين والالوف هكذا
نقله في تتمه اصحاب الشافعي واستثنا الاقل والاكثر يجوز وقال الفرا لا يجوز استثنا الاكثر من
الاقل وعن احمد مثله وفي الكافي وعن ابي يوسف ومالك مثله وفي الحليه وبه قال ابن درستويه النحوي
واحمد ولكن ما ذكر في الكافي من قول مالك لم يكن مشهورا عند اصحابه ولهم ان العرب لم تتكلم به وقلنا
هو تكلم بالباقي او اخراج وذا لا يتفاوت بين الاقل والاكثر وقد مر في الطلاق واستثنا الكل من الكل
لا يجوز بلا خلاف وذكر المصنف في زيادته هذا استثنى بعين ذلك اللفظ بان قال نسايي طوالق
الا نسايي اما لو قال نسايي طوالق الا عمره وزينب وفاطمه حتى لو اتى على الكل وكذا اذا قال نسايي
طوالق الا هؤلا صح الاستثنا ولم تطلق واحده منهن وذلك لان الاستثنا تصرف في اللفظ فيبنى
على صحه اللفظ لا على صحه الحكم الا ترى انه اذا قال لامراته انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح
الاستثنا حتى تطلق تطليقتان وان كان الست لا صحه له من حيث الحكم وهذا لانه لما اخرج كل فرد فقد
اخرج بعض ما يتناوله وان اتى على الكل **قوله** الا قيمه الدينار او القفيز وكذا لو قال الا
فلسا او شيا او استثنى مكيلا او موزونا او معدودا فهو على هذا الخلاف وقال محمد لا يصح فيهما اي
في المقدرات وغيره وبه قال زفر الا استثنا في قول وبه قال مالك وفي قول يلغو تفسيره ويجب
الف **قوله** ان الاستثنا ما لولاه الى اخره يعني الاستثنا تصرف
في اللفظ وهو اخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت
الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس واطلاق الاستثنا على المنقطع بطريق المجاز والكلام مع
الشافعي بنا على الاختلاف في كيفيه عمل الاستثنا فعنده عمله بطريق المعارضه كدليل الخصوص في
العام كما بين في الاصول والعمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن ههنا المجانسة
واذا كان كذلك لا يصح الاستثنا الثوب ونحوه لان صدر الكلام لم يتناوله فلم يكن استثنا بل كلاما
مبتدا البيان انه ليس عليه شي من الثوب وعدم وجوب الثوب عليه لا ينافي وجوب الالف عليه

واحمد وقال الشافعي يصح
فيهما وبه قال مالك ويسقط
قيمه الثوب فان
استغرقت المايه
بطل
صح

والعاير كذلك فيما اذا استثنى مكيلا او موزونا او معدودا من خلاف جنسه لان الصدر لم يتناوله
ولكن استحسن ابو حنيفه وابو يوسف وما لا المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة
لانها تثبت في الذمة ثمنا اما الدينار فظاهر وكذا غيره لان الكيلي والوزني يسمع باعيانهما ثمنا وصفا
حتى لو عينا تعلق العقد باعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما حكم الدينار ولهذا استوى الجيد
والردي فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثنا استخراج وتكلم بالباقي
معنى لا صورة لانه تكلم بالالف صورة والعدديات المتقاربات كالمقدرات في ذلك اما الثوب
والشاة ونحوهما فليس من جنس المقدرات معنى لانه لم يصلح ثمنا فلم يكن استثناؤه استخراجا صورة ولا
معنى وكان باطلا **فان قيل** ان قامت المماثلة من حيث الثمنية فقد فقدت من حيث المالية فلم
لا يصح الاستخراج باعتبارها **قلنا** الاثمان مقدرة لمالية الاشيا لانها مقدرة فيصلح ان يكون
مقدره للدراهم المستثناه وكانه ذكر المقدر واراد المقدر له لا المقدر على المقدر وكان
استثنا الدراهم من الدراهم معنى وما لا يصح ثمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم
المستثناه لافتقار المقدر الى كونه مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح الاستثنا لانه
استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فبطل **قوله** او صافهما اثمان اى كونهما اثمانا
وواجبا في الذمة انما كان بسبب الوصف كالحنطة الرسعيه والحريفيه لا بسبب الذات والعينيه حتى
لو عينهما تعلق العقد بعينهما فيكون بيع مقابضه ولا تجب في الذمة بخلاف الدراهم والدنانير فانهما
اثمان وواجبة في الذمة عينت او لا **قوله** ولهذا تجب بمطلق عقد المعاوضه احترز به عن السلم
فانه يجب في السلم **قوله** صح مقدرا بكسر الدال على صيغة الفاعل **قوله** فبقي الاستثنا
من الدراهم مجهولا وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح اي الاستثنا فيجبر على البيان
ولا يمنع به صحة الاقرار لصحته بجهالة المقر به ولكن جهالة المستثنى يمنع صحة الاستثنا لان جهالة المستثنا
تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا وفي الذخيره اذا صح الاستثنا يطرح قدر قيمة المستثنى
عن المقر وان كان قيمة المستثنى يستغرق ما اقر به لا يلزمه شي ثم لما ذكر ان جهالة المستثنى يلزم جهالة
المقر به يخالف لما ذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى قال ابو حنيفه لو قال لفلان على مائة درهم الا
قليلا فعليه احد وخمسون درهما وكذا في نظايرها نحو قوله الا شيا لان الاستثنا الشي استثنا
الاقل عرفا فاوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الاقل وعن ابي يوسف لو قال على عشرة
الا بعضها فعليه اكثر من النصف ولو قال لفلان على الف الا مائة او خمسين فقال ابو سليمان عليه
تسع مائة وخمسون لانه ذكر كلمة الشك في الاستثنا فيثبت اقلهما كما لو ذكر كلمة الشك في الافراد
من الشيين فانه يثبت اقلهما فكذا هذا وفي رواية ابي حفص يلزمه تسعمائة لان الشك في الاستثنا
يوجب الشك في الاقرار فكانه قال على تسعمائة وخمسون فيثبت الاقل قالوا والاول اصح لان الشك حصل
في الاستثنا ظاهرا وعند الشافعي ومالك يصح استثنا المجهول كما يصح الاقرار بالمجهول وبه قال احمد
في رواية وتفسير المجهول كما في الاقرار واذا عينه وقيمته اكثر من المستثنى منه لا يصح الاستثنا كما لو استثنا
الثوب الذي قيمته اكثر من المستثنى منه **قوله** ومن اقر بشي الى قوله ان شا الله الى اخره وفي المبسوط
هذا الاستثنا باطل في القياس لان ذكره بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاات لا الاخبارات
وفي الاستحسان الاستثنا يخرج الكلام عن كونه عزيمة مثبتا لشي لا ان يكون في معنى الشرط قال تعالى
ستجدني ان شا الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبيا كالعهد من غيرهم فدل ان
الاستثنا يخرج الكلام عن كونه عزيمة قال عليه السلام من استثنا فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما

بكلام هو عزيمة فاذا كان معبرا بشرط وصله اذ المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا
يملك ذلك في اقراره وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار حيث لا يصح وان كان موصولا لان الرجوع
نفي لما اثبته وكان تناقضا منه والمناقض لا يصح موصولا ومفصولا اما هذا اشان تعبير فيصح
موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط **قوله** اما ابطال او تعليق وانما ورد ذكر هذين
اللفظين لما ان في الاستثنا بمشية الله تعالى اختلاف قال محمد ابطال وقال ابو يوسف تعليق وقيل
الاختلاف على العكس وقد ذكرنا اختلاف العلما فيه مع فروعه في فصل الاستثنا في الطلاق **قوله**
لان الاقرار لا يحتمل التعليق لانه اخبار والاخبار لا يحتمل التعليق لان الخبر ان كان صادقا لا يصير
كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به اصلا وانما
يليق التعليق بالايجاب ليتبين بالتعليق انه ليس بايقاع كذا في المبسوط كما ذكرنا في الطلاق اي في
فصل الاستثنا **قوله** حتى لو كذبه يكون المال حالا لان اذا للوقت والوقت الذي ذكره آت
لا محاله اذا الموت ومجي راس الشهر ووقت الفطر آت لا محاله ولهذا قالوا المراد وقت الفطر لا
حقيقة الفطر ووقته آت لا محالة حتى لو عنى به حقيقة فعل الفطر ينبغي ان لا يصح اقراره وعند
الشافعي يجب المال موجلا وقد بيناه قبل **قوله** فللمقر له الدار والبنا وقالت الايمة
الثلاثه يصح استثنا البنا والفص والنخلة من الدار والخاتم والبستان لانه اخرج ما تناوله اللفظ
معنى كما لو قال الا ثلثها او ربعها او ثمانها وفي شرح الوجيز في وجه لا يصح استثنا البنا والفص
والنخله من الدار والخاتم والبستان لان الاستثنا المعتاد هو الاستثنا عن الاعداد المطلقه فاما
المعينات فالاستثنا منها غير معهود لانه اذا اقر بالعين فقد نص على ثبوت الملك فيكون الاستثنا
بعده رجوعا فلا يصح والاول ظاهر المذهب وقد نص عليه في بعض الصور ولنا البنا والفص
والنخله يدخل تبعا والاستثنا انما يكون مما يتناوله الكلام نصا لانه اخراج ما لولاه لكان الكلام
متناولا له واستثنا التوابع لا يصح لانه ثبت الحكم فيه بالتبعيه والتبعيه قايمة بعد الاستثنا بخلاف
ما لو قال الا ثلثها او ربعها وثمانها لانه دخل فيه لفظا اذا الدار اسم للبيت وغيره وكذا ثلثها
وربعها ولهذا لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن ذكره في الذخيره فهو كما قال ولا
خلاف فيه **قوله** مكان العرصة ارضا بان قال الارض لفلان والبنا لي حيث يكون البنا للمقر
له مع الارض خلافا للايمة الثلاثه اما لو قال البنا لفلان والارض لاخر فهو كما قال والفرق ان
الاقرار بالارض اقرار بالبنا فكان قوله البنا لاخر رجوعا فلا يصح اما لو قدم البنا بان قال البنا لفلان
فاقراره بالبنا وقع معتبرا واستحقه فلان فاقراره بالارض بعد ذلك هب انه اقرار بالبنا ايضا الا
ان البنا بعد ما صار مستحقا لغيره لا يصح رجوعه فوضح الفرق كذا في المبسوط **قوله** كالثابت معاينة
فلو عاينا انه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا ههنا **قوله** لاقراره
به اي بالمال ولا يبالي باختلاف السبب لان الاسباب مطلوبه باحكامها لا باعيانها فلا يعتبر التكاذب
في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال **قوله** وحكمه ان لا يلزم المقر اي حكم الوجه الثاني
ان لا يلزم المقر شي لانه اقر بالمال اذا سلم له العبد ولم يسلم له العبد **قوله** ولو قال اي المقر
له مع ذلك اي مع انكاره العبد المقر به ما بعتكه انما بعتك غيره فحكمه ان يتحالفا لان كل واحد
مدع ومنكر فاذا تحالفا بطل المال اي عن المقر والعبد سالم لمن في يده **قوله** لانه رجوع
اي قوله ما قبضت رجوع عن الاقرار والرجوع عنه باطل موصولا كان او مفصولا وفي المبسوط وصورة
المسئله في المتاع فقال على الف من ثمن متاع لم اقبضه وهذا لانه اقر بوجوب المال عليه نظرا الى

قوله علي انها للالزام حقيقة وبعد ذلك انكاره القبض في المجهول ينافي الوجوب لان ثمن عبد غير
معين لا يكون واجبا على المشتري الا بعد القبض ومثلا لا يكون بعينه في حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول
اليه فانه ما من عبد يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع غيره وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار
المبيع فعلم انه في حكم المستهلك وكانه اقر بالقبض ثم رجع عنه وفي الذخيرة قوله لم اقبضه تأخير
المطالبة الى الابد لما ان المطالبة باحضار المبيع وفي المجهول لم يتصور كما ذكرنا فكان كالاقرار
بالف من ثمن مبيع الى شهر فلم يصدق فكذا هذا بخلاف ما اذا عين المتاع فانه اقر بالوجوب
ولم يدع ما يوجب تأخير المطالبة لان المبيع اذا كان حاضرا لطالب المشتري باداء الثمن اولا ثم يقبض
المبيع فلم يكن قوله ولم اقبضه دعوى تأخير المطالبة فصدق وصل ام فصل قوله وقال
ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شي كما في المعين وبه قال الائمة الثلاثة اما لو قال
اقضني الثمن قال لم اقبضها لا يقبل قوله عندنا خلافا للائمة الثلاثة قوله وان اقر
انه باعه متاعا يعني بعد انكاره من ثمن عبد فاقر بانه باعه متاعا فالقول للمقر وصل ام
فصل وبه قالت الائمة الثلاثة وفي الذخيرة ولو صدقه المقر له في الجهة بان قال لي عليك
الف من ثمن متاع بعته وقبضت مني وقال المقر لم اقبضه مفصولا كان ابو يوسف اولا لا يصدق
كما لو كذبه في الجهة ثم رجع وقال يصدق وصل ام فصل وبه قال محمد لان قوله لم اقبض مني
صدق المقر له في الجهة بان يحمل فيصدق كما لو قال علي الف من ثمن هذا المتاع الذي في يدك
الا اني لم اقبض وانما قلنا انه بيان محمل لان البيع سبب صادق فيهما ويبقى امر القبض محملا الا انه لم
يقر بالقبض لا نصا ولا دلالة وهو ظاهر ولا اقتضاء ايضا لان وجوب الالف ليس من ضرورته القبض
اذ الثمن يجب بنفس العقد بلا قبض فلما لم يكن قابضا لا نصا ولا اقتضاء بقي امر محملا فيصدق في
بيانه وصل ام فصل قوله فان وافقه الطالب اي صدق المقر له المقر في الجهة وهو
البيع وبه اي بالبيع المجرد لا يتأكد الوجوب اي وجوب الثمن على المشتري اذ وجوب الثمن عليه قبل
قبض المبيع متزلزل لانه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن ثم المقر له يدعي قبض الثمن والمقر ينكره
فكان القول للمنكر مع اليمين للوجوب مطلقا لان مقتضى اول الكلام ان يكون مطالبا بالمال
في الحال رجوعا الى كلمة علي واخره اي اخر الكلام يحتمل انتفاءه اي انتفاء الوجوب يعني يحتمل
ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد فكان بيانه مغيرا نظاهر الكلام الى الاحتمال فيصح
موصولا لا مفصولا فالقول قوله بالاجماع وبه قال الائمة الثلاثة لانه لم يقر على نفسه
بالوجوب لا نصا وهو ظاهر فانه لم يقل علي ولا بمقتضى اقراره بالشراء اذ ليس من ضرورة
الشراء وجوب الثمن فان الشراء بشرط الخيار للمشتري لا يوجب الثمن عليه في الحال قوله
من ثمن خمر او خنزير وكذا لو قال من ثمن حر او دم فلو صدقه الطالب في ذلك لم يلزمه شيء
بالاجماع العلماء ولو قال مفصولا لا يصدق ويلزمه المال عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي في
الاصح واحمد وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي في قول واختاره المزني وابو اسحق ومالك لا
يلزمه شي لان الكل كلام واحد فيعتبر اخره وبين باخره انه ما اراد به الايجاب بل اراد به
الابطال فصار كما لو قال في اخر كلامه ان شاء الله وذلك لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة
فانهم يعتادون شرا الخمر واداء ثمنها فكان اخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا ولهما اول كلامه
يدل على الوجوب رجوعا الى كلمة علي و قوله من ثمن خمر او خنزير رجوع عنه اذ ثمن الخمر
والخنزير لا يجب على المسلم فكان رجوعا عن الاقرار فلا يصح وصل ام فصل بخلاف قوله ان شاء الله فانه

تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا وعند مالك والشافعي
في قول قوله ان شاء الله لا يغير اول كلامه لعدم صحته عندهما وفي المبسوط والذخيرة لو
قال له علي الف حرام او ربا يلزمه الالف لان الحرام عنده لعله يكون حلالا عند غيره ولعل الربا
عنده ليس بربا عند غيره ولو قال علي الف زورا او باطلا ان صدقه فلان فلا شي عليه وان كذبه
فعليه الالف والاقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل قوله وهذا اي قوله ان شاء الله
ابطال ورجوع والرجوع بعد الاقرار لا يصح وفي اصول شمس الائمة قوله ان شاء الله صيغة
التعليق والارسال والتعليق متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا الرجوع عن
وجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام ثم مع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال قوله اي
ابو يوسف ومحمد يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق وبه قال الشافعي واحمد قوله
وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص يعني لا يصدق وصل ام فصل عند ابي حنيفة
وعندهما يصدق ان وصل وفي جامع قاضي خان عن ابي يوسف فيه روايتان في رواية مع ابي
حنيفة وفي رواية مع محمد قوله الف درهم زيوف بالجر ويجري الصفة على المعدود دون
العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان قوله يحمل الزيوف حقيقته لانها من جنس الدراهم
حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا والستوق بمجاز اذ الستوقة
تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا قوله
الا ان مطلقه اي مطلق اسم الدرهم ينصرف الى الجياد بالعرف لان بياعات الناس تكون
بالجياد عادة فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه فصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة
ونقد بلدهم وزن سبعة فيصدق ان وصل فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع
فكيف صح ها استثناء الزيافة ههنا قلنا صحا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة
عيب لا وصف فان قوله علي الف من ثمن متاع الا انها زيوف بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا
ونقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فينبغي ان يصح
فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية اليه اشار في الاسرار والفوائد
الظهيرية قوله ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه اذ مطلق العقد يقتضي السلامة عن
العيب فتكون السلامة عن العيب مستحقا بالعقد فاذا قال انها زيوف فقد اراد ابطال بعض ما هو
مستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وفي الاسرار وغيره وحاصل الاختلاف راجع الى ان الزيوف
يدخل في مطلق اسم الدراهم ام لا فابو حنيفة رجح جانب العيب فلم يدخله تحت مطلق اسم الدراهم
حتى كان دعوى الزيافة رجوعا وهما ادخلاها على سبيل التوقف حتى دعوى الزيافة تعدد مطلق
الدراهم بيان تغيير كالشرط والاستثناء قوله لما بينا اشارة الى قوله ان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب قوله بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فانه استثناء
الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف لان الصفة مما لم
يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى وانما ثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة قوله
لان الرداءة نوع لا عيب لان العيب ما يخلو عنه الفطرة السليمة والحنطة قد تكون ردية في اصل
الخلقة ولهذا لا يصح شراء الحنطة ما لم يبين انها جيد او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول
كلامه فيصح وصل ام فصل اذ مطلق العقد لا يقتضي نوعا دون نوع فلا يستحق نوع بمطلق العقد بخلاف
الزيافة فانها عيب ومطلق العقد يقتضي السلامة عنها قوله لان القرض يوجب مثل المقبوض

فانه يتم بالقبض فاشبه الغصب اذ كل منهما يوجب الضمان بالقبض **قوله** ان التعامل بالجياد
والاستقراض متعامل بين الناس كالبيع وذلك يكون بالجياد **قوله** يصدق بالاجماع يعني اذا وصل
لان صفة الجودة انما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة فاذا لم يصرح به لم تصر صفة الجودة مستحقة
عليه وقيل لا يصدق اي عند ابي حنيفة وصل ام فصل لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالزام
بطريق التجارة لكونها مشروعة الى الاستهلاك والغصب المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة وعند
زفر يبطل اقراره اذا قال المقر له هي جياد لانه رد اقراره بالزيوف وادعى عليه الجياد وهو ينكر
ولنا انهما تصادقا على الاصل **قوله** ولو قال اغتصبت الى قوله وصل ام فصل وقال الشافعي
واحمد اذا اقر بمال غصبا او وديعة ثم قال مغصوبا هي زيوف او نبهرجة لم يصدق وهو رواية عن
ابي يوسف في الغصب **قوله** كان القول له اي لرد المغصوب لان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض
فالقول للقابض ضمينا كان او امينا **قوله** اعتبارا بالقرض اذ المستقرض والمغصوب مضمونان
بالغصب **قوله** لان الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز التجوز بها في الصرف والسلم
ولكن اسم الدراهم هنا ولها مجازا فكان تغييرا فصح موصولا لا مفصولا **قوله** في هذا كله
اي في البيع والقرض والغصب ثم قال الا انها تنقص كذا بان قال على الف درهم الا انها وزن خمسة او
ستة فانه يصح اذا وصل لانه استثناء المقدار فصح موصولا اذ اللفظ يتناول المقدار دون الزيافة
لانه وصف فلا استثناء وله اللفظ والاستثناء تصرف في الملفوظ لا في غيره **قوله** ضرورة
انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس او اخذ السعال وما اشبه ذلك وعن ابي يوسف انه يصح وصله
بعد ذلك وعليه الفتوى وبه قالت الائمة الثلاثة لان الانسان قد يحتاج ان يتكلم بكلام كثير ويذكر
الاستثناء في اخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك في نفس واحد فكان عفوا ذكره قاضي خان وغيره
قوله فهو ضامن اي المقر ضامن والقول للمقر له مع يمينه لان المقر اقر بالاخذ الموجب للضمان
ثم ادعى ما يوجب البراءة منه وهو الاذن بالاخذ والمقر له ينكر الاخذ بالاذن فكان القول له مع يمينه
الا ان ينكل المقر له عن يمينه حينئذ لا ضمان على المقر وبه قال القفال من اصحاب الشافعي وقال الشافعي
القول قول المقر مع يمينه لعدم تبعيض الاقرار وهو ظاهر مذهب احمد ومالك وفي شرح الوجيز وهو
ظاهر المذهب لا يخفى وقال القفال تولا تبعيض الاقرار **قوله** اقر بسبب الضمان لقوله
عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون
المثل قائما مقام الاصل **قوله** وديعة رجوع عما اقر به لانه دعوى الابراء فلا يصدق
بلا بينة كدعوى المشتري تأجيل الثمن بعد ما اقر به **فان قيل** ينبغي ان يصدق ويجعل قوله وديعة
بيان تغيير كما لو قال لفلان علي الف وديعة **قلنا** صدر الكلام هنا يوجب الغصب على ما ذكرنا
فلا يحتمل الوديعة فكان قوله وديعة دعوى مبتداة لا بيانا لما احتمله صدر الكلام فاما قوله
لفلان علي الف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فكان قوله وديعة بيان تغيير فصدق موصولا كذا
قيل وفيه نوع تأمل **قوله** والغصب في هذا اي في الاقرار كالاخذ بان قال غصبت منك
الفا وديعة والدفع كالاعطاء يعني لو قال دفعتها لي قوله اعطيتني **قوله** فلا يظهر في
انعقاده سبب الضمان لان الثابت بالضرورة عدم في غير موضعها وقال الاخر لا بل قرضا وهكذا
اصابه في البيع مكان القرض يكون القول للمقر اي مع يمينه بلا خلاف **قوله** لانه اي المقر اقر
باليد لفلان واقر بالاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ منه **قوله** وديعة لي
دعوى الاستحقاق عليه وهو ينكر فالقول للمنكر بلا خلاف **قوله** فالقول له اي قول المقر يعني

اذا كذبه فلان وقال هو لي وقالا اي ابو يوسف ومحمد القول للذي اخذ منه الدابة والثوب
والدار للمقر فقال اعرته فلانا وقبضته فالقول للمقر بالاجماع **قوله** هو على هذا الاختلاف
في الصحيح واحترز به عن قول بعضهم فانهم قالوا القول في هذا قول المقر بالاجماع فلو رد ذلك دليلا
لابي حنيفة ولكن مشايخنا قالوا هو على الاختلاف ايضا اليه اشير في المبسوط **قوله** ما سماه في
الوديعة وهو قوله ان المقر اقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه فوجب عليه الرد كما في
الوديعة **قوله** في كيفيته لانه اقر فيما في يده باختياب اليد لغيره فيقبل قوله كما لو كان في
يده عبد فقال هذا عندي بعته من فلان ولم اسلمه اليه بعد فقال المقر له بل عندي لم اشتره
قوله وقد يكون من غير صنعه بان هبت الريح والقته في داره وكاللقطة امانة ووديعة في
يده وان لم يدفعها اليه صاحبها ولذا المودع اذا مات تصير الوديعة في يد وارثه وديعة وان
لم يدفع اليه صاحبها **قوله** وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ هذا احتراز عن قول الامام
علي القمي فانه ذكر في الفرق انه في مسئلة الوديعة قال اخذتها منه فلزمه جزاؤه وجزاء الاخذ
الرد وهنا قال وزدها علي فافترقا لا فتراقهما في الوضع كذا في جامع المحبوبي وهذا ليس بشيء لانه
ذكر الاخذ في موضع الاجر وهو الاجارة واختاره وهما الاسكان والاعارة وذكر الامام قاضي خان
وجها اخر ما ذكره في الكتاب وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا الموجر والمعير باقرارهما يمتنع الناس
عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذ باقرارهما استحسانا كي لا ينقطع الاجارة والاعارة واما في
الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع **قوله**
حيث يكون القول قوله اي قول المقر له مع يمينه لان الديون تقضى بامثالها فيقبض مضمون
فكان مقرا بقبض مال الغير وهو سبب الضمان ثم ادعى ما يبريه وهو المقاصة والاخر ينكر فكان
القول للمنكر وهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة ونحوها فوضح الفرق وروى ابو يوسف عن
ابن ابي ليلى انه قال لا شيء على المقر لانه ما اقر بشيء على نفسه بل اقر بوصول حقه اليه وذلك غير ملزم
عليه شيئا وقلنا الاقتضاء عبارة عن قبض مال مضمون من ملك الغير لان الديون تقضى بامثالها فكان
مقرا بقبض مال الغير وهو سبب الضمان ثم ادعى ما يبريه عنه وهو المقاصة والاخر ينكر كما ذكرنا ذكره
في المبسوط **قوله** فادعاها فلان وهو المقر له وقال انها لي فالقول للمقر لظهور يده في الحال
ولم يقر بانه كان في يد الغير من قبل وانما اقر بمجرد فعله فيه وذا لا يدل على اليد لان العمل قد يكون
من المعين والاجير والعين في يد صاحبها واحترز بقوله وانما اقر بمجرد الفعل عما لو اقر ان فلانا
ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لان السكنى تثبت اليد للساكن
على المسكن فكان اقرارا باليد للغير مع الفعل واقراره حجة عليه وما ثبت باقراره كالمعاين في حقه
ذكره في المبسوط

باب اقرار المريض

لما فرغ من اقرار
الصحيح شرع في اقرار المريض لان المرض عارض وافرده بباب لاختصاصه باحكام وقدمه في
الطلاق بتفسير مرض الموت اتفق اكثر اهل العلم ان اقرار المريض مرض الموت بالدين لغير الوارث
صحيح وعن اصحاب احمد في رواية لا يصح لان اقراره في مرضه اشبه الاقرار لوارث وفي رواية لا يصح
بالزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطية ذلك للاجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث وللعامة انه
غير متهم في اقراره فيقبل منه كالاقرار في الصحة بل اولى لان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه
وابراء ذمته وتحري الصدق فكان اولى بالقبول **قوله** ودين الصحة الى اخره قال القاضي الحنبلي
قياس مذهب احمد ان دين الصحة اولى اذا ضاق ماله عنهما وهو قولنا وبه قال النخعي والثوري وقال

الشافعي كلاهما سواء وبه قال مالك والحرقي والتميمي من اصحاب احمد وابو ثور وابو عبيد وذكر
ابو عبيد انه مذهب اهل المدينة **قوله** والديون المعروفة الاسباب صورته استقرض مالا
في مرضه او اشترى او استاجر بمعاينة الشهود او تزوج بمعاينة الشهود **قوله** الصادر عن
عقل ودين وانما تعرض هذين الوصفين لانهما يمنعان عن الكذب في الاخبار وهذا المعنى لا يختلف في
المرض والصحة بل بالمرض يزداد جهة الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في
الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة اكثر فكان جهة قبول الاقرار اوفر واذا استويا وجوبا
استويا استيفا كما لو اشترى او تزوج بمهر المثل او استاجر او استقرض بمعاينة الشهود **قوله**
اذا كان فيه اي في الاقرار ابطال حق الغير كما لو رهن او اجر شيئا ثم اقر انه لغيره لا ينفذ اقراره في
حق المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما به وفي اقرار المريض ذلك لتعلق دين الصحة بماله وصار بمنزلة
المحجور في حق غرما الصحة فلا ينفذ تصرفه في حقهم فلا يستوي السببان و**قوله** ولهذا يمنع
من التبرع جواب عما قال الشافعي باستوا حالة المرض والصحة يعني لو كان كذلك ينبغي ان لا يمنع
من التبرع بالزيادة على الثلث كما في حالة الصحة فيما لم يستغرق الديون جميع ماله او لم يكن
عليه دين وفي حق الثلث يمنع ايضا اذا استغرق الدين جميع ماله **فان قيل** اقرار المريض
بالوارث صحيح مع انه يبطل به حق ساير الورثة **قلنا** استحقاق الوارث بالمال بالنسب والموت
جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو رجع شهود النسب بعد
الموت والمشهود له المال لم يضمنوا شيئا فاما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار اليه اشار في الاسرار
والمبسوط **قوله** لانه اي النكاح من الحوائج الاصلية لان بقا النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل
الا النكاح والمريض غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثم دين كما صرف الى ثمن الادوية
والاغذية **فان قيل** لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان له نسا وجواري او هو شيخ
كبير لا يولد له عادة او المراة ايسة ينبغي ان لا يشارك لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية
قلنا النكاح في اصل الوضع من الحوائج والعبرة للاصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يوقف
عليها لبني الامر عليها اليه اشار في الاسرار **قوله** لا بالصورة اذ ما وصل اليه بمقابلته مال
تعلق به حق الغرما فلم يكن في تصرفه ابطال حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله **قوله**
وفي مال الصحة الى اخره جواب عن سوال وهو ان يقال ينبغي ان لا يصح اقراره في الصحة بالدين
اذا كان عليه دين لما ان الدين يتعلق بماله فيقال يتعلق في حال الصحة بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمير فلم يقع الحاجة الى تعلق حق الغرما بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب
اذ المريض عاجز عن الكسب فتعين ما في يده لحق الغرما و**قوله** وحالتا المرض الى اخره جواب
سوال وهو ان يقال ينبغي اذا اقر في حالة المرض ثانيا ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول كما لا يصح اقراره
في المرض في حق غرما الصحة لتعلق حقهم بماله فاجاب عنه بقوله وحالتاه اي حالة اول المرض وحالة اخر
المرض بعد ان يتصل بها الموت حالة واحدة في حق الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كما ان حالة الصحة
حالة واحدة ويعتبر الاقراران جميعا و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله انه من الحوائج الاصلية
و**قوله** لانه لا تهمة في ثبوتها واما قوله فان يرجح جهة الصدق فعلنا هذا في حق من لم يرجح امر دينه
على هواه وههنا ليس كذلك لانه باقراره آثر من يهوى على من هو المستحق لماله تعلقت التهمة بالسبب
الداعي الى الوصية وصلة الناس بماله وهو مرض الموت • ولو اقر بعين لاجنبي بعد لم يصح في حق
غرما الصحة وعند الشافعي ومالك واحمد في رواية يصح كما في الدين وكذا نحو عبد هم له ان

يقضي دين بعض الغرما دون البعض بنا على اصلهم ان سبب المرض لا يلحقه الحجر في كل رقبة فكان
المرض والصحة سواء و**قوله** الا ما استقرض الى اخره استثنا من قوله لا يجوز ان يقضي دين بعض
الغرما الى اخره وذلك ان هذا ليس بايثار ولا ابطال حق الغرما لانه حصل له مثل ما نقد وحق الغرما
بمعنى التركة بالصورة فاذا حصل له مثله معنى لم يعد ذلك تفويتا ذكره في الايضاح وفي المبسوط
اراد لو رد ما استقرض بعينه او فسخ البيع ورد المبيع بعيب لا يمنع ذلك فكذا اذا رد بدله لان حكم
البدل حكم المبدل فكان في ذلك تحويل حقهم من محل الى محل وله ولاية النقل هكذا ذكره في الذخيرة
قوله لان الاقرار صحيح في ذاته لصدوره عن اهله في محله اذ كلام العاقل البالغ محمول على
الصحة ولكن لم يعمل في حق غرما الصحة لتعلق حقهم به فاذا لم يبق حقهم زال المانع فيقبل ولهذا
اذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره بكل ماله لانه لا يودي الى ابطال حق الغير والمقر له
اولى من الورثة لتاخر الارث والوصية عن الدين والقياس ان لا يجوز الا في الثلث كما نقل عن اصحاب
احمد لان الشرع قصر تصرفه في الثلث وانما ترك القياس باثر عن عمر فانه قال اذا اقر المريض جاز
ذلك عليه في جميع تركته ولان حق الورثة متعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته الاصلية وقضا
الدين من الحوائج الاصلية لان رفع الحايل بينه وبين الجنة قال عليه الصلاة والسلام الدين حايل بينه
وبين الجنة الا ترى انه يقدم التجهيز والتكفين على الارث **قوله** ولو اقر لوارثه الى اخره وبقولنا
قال احمد وشريح والنخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وابو هشام والشافعي في قول وقال
الشافعي في الاصح يقبل اقراره وبه قال ابو ثور وعطا والحسن وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل
ان اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذ لا يتهم ان يزيد في نصيبه ويتهم
ان يتهم في نصيبها واختاره الروياني من اصحاب الشافعي لفساد الزمان وقال مالك لو اقر لاجنبي
لا يصح في رواية اذا كان متهما بان كان الاجنبي صديقا له ملاطفا والمقر يورث كلالة **قوله**
لانه اي الاقرار اظهار حق ثابت يعني اخبار عن حق لازم عليه وحال المريض ادل على الصدق ولانه حال
تدارك الحقوق فصار كحال الصحة بل ادل فلا يثبت الحجر عن الاقرار به **قوله** لوارث اخر فان
كل واحد من الاقرارين يصير للوارث المعروف وبوديعة مستهلكة اي باستهلاك وديعة معروفة
للوارث فانه صحيح **قوله** والاقرار بالدين وفي المبسوط هذه الزيادة شاذة والمشهور لا وصية
لوارث والمشهور عن ابن عمر انه قال اذا اقر المريض لغير وارث جاز ذلك وان احاط بماله وان اقر لوارث
فهو باطل الا ان يصدقه بقية الورثة وبه اخذ علماونا لان قول واحد من فقها الصحابة مقدم على
القياس عندنا ولانه اثر بعض ورثته بشي من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى او وهبه
وهذا معنى قول الشيخ ولانه تعلق حق الورثة الى اخره **فان قيل** حق الورثة انما يظهر بعد
الفراغ من حاجته فاذا اقر لبعض الورثة ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض يزداد
جهة الصدق ولان الباعث الشرعيه يضم الى العقل فيبعثه على الصدق **قلنا** الاقرار للوارث
ايصال النفع به من حيث الظاهر وبه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو
متهم فيه لجواز انه اراد به الايثار وهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فتوقف صحته على رضا
الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه
بطريق الوصية ولان تعلق حق الورثة بماله في المرض لا يظهر في حق الاجنبي لكثرة حاجته الى المعاملة
معه في الصحة اذ لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه بخلاف الوارث لان المبايعة معه
نادرة بالنسبة الى الاجانب وبخلاف الاقرار لوارث اخر لحاجته الى اتقا نسله فلا ينحجر عنه لحق الو

كما لا يحجر عن الانفاق لبقاء نفسه وهذا معنى قول الشيخ ولان حاله المرض حالة الاستغناء الى
الى اخره وانما قال حالة المرض حالة استغنائه لظهور آثار الموت والظاهر ان الانسان لا يحتاج
الى ماله لظهور انتهاء آماله **فان قيل** لو اقر لامرأته بمهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها
ويحاص غرماء الصحة **قلنا** لا تهمة في اقراره لوجوب قدر المثل بالنكاح لا باقراره ولهذا
يجعل عند المنازعة القول قولها الى قدر مهر مثلها اما لو اقر بالزيادة على قدر مهر المثل
بطلت الزيادة للتهمة فيها ولهذا لو اقرت المرأة في مرضها بقبض مهرها من زوجها لا تصدق
لانه اقرار باستيفاء الدين من وارثها واقرار المريض باستيفاء الدين من وارثه باطل واما
الجواب عن الاقرار باستهلاك وديعة معروفة انه لو لم يعتبر اقراره بصيرورته انه مات مجهلا
يجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان الوديعة لكونها معينة للوارث سد مع التهمة لانه
لا تهمة في المعاينة ذكره في الجامع الكبير واما ما ذكره مالك لا يصح لان التهمة لا تكون اعتبارا
نفسها لانها مخفية فاعتبار مظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما
قوله لما بينا وهو ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية **قوله** لما صح اقراره في
الثلث لانتفاء التهمة عن ايثاره في ذلك القدر لان ذلك القدر لم يتعلق به حق الورثة
فيصح في ثلث ما بقي لان الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل هكذا ذكره في الايضاح
فان قيل على هذا التعليل ينبغي ان يجوز وصيته بجميع المال اذا لم يكن عليه دين
بهذا الطريق لان المريض له حق التصرف في الثلث بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في
الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع المال بعد اخراج الثلث كانه من الابتداء
فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ثم وثم الى ان ياتي على الكل **قلنا** الوصية تبرع محض ابتداء
وتبرعه مقصور على الثلث اما الاقرار اخبار عن دين لازم في نفسه وانما جعل تبرعا في
حق غرماء الصحة لئلا يبطل حقهم ولما كان اخبارا فالظاهر حال العاقل انه لا يكذب على نفسه
خصوصا في حال المرض فيثبت الدين والثلث يعتبر بعد الدين ولا كذلك في الوصية اليه
اشار في الاسرار **قوله** ثبت نسبه وبطل اقراره وبه قال احمد والشافعي في قول
لا يصح اقراره للوارث **قوله** ثم تزوجها اي الاجنبية لم يبطل اقراره وبه قال احمد في
الاصح والشافعي في القديم ومالك واختاره الروياني وابو اسحق من اصحابه وقال في الجديد
وهو الاظهر من مذهبه واحمد في رواية يبطل اقراره لان اعتبار كونه وارثا حال الموت لا
حال الاقرار كالوصية ولنا الفرق المذكور في الكتاب **وحاصل** جنس هذه المسائل
على خمسة اوجه ● اما ان كان المقر له وارثا بطريق الاستمرار ● او كان وارثا وقت الاقرار
دون الموت ● او على العكس ● او كان وارثا وقت الاقرار والموت لا فيما بينهما ● ففي الوجه
الاول يبطل الاقرار بلا خلاف ● وفي الوجه الثاني لا يبطل بلا خلاف ● وفي الوجه الثالث
وهو ما اذا كان وارثا وقت الاقرار بان اقر لاخيه ثم ولد للمريض ابن او كان ابنه رقيقا او
كافرا ثم اسلم او اعتق عند الموت فصار الابن هو الوارث لا الاخ جاز اقراره لان المانع من
صحته كون المقر له وارثا والوراثة حدثت عند الموت فكان هو كالاجنبي وقت الاقرار ● وفي
الوجه الرابع وهو ان لا يكون وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا عند الموت بان اقر لاخيه وله
ابن ثم مات ابنه قبل اخيه حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا وبه قال احمد والشافعي في
الاصح وقال زفر اقراره له وبه قال مالك والشافعي في القديم لان اقراره بغير تهمة موجب

الحق وقد حصل لمن له غير وارث فيصح ولا يبطل لصيرورته وارثا بعد ذلك كما لو اقر في
صحته ثم مرض وكما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها وقلنا انه وارث وقت الاقرار لوجود القرابة
عنده الا انه لم يستحق المال لوجود الاقرب منه بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت
وارثة بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق سببه ● وبخلاف ما لو اقر في الصحة ثم
مرض لان المرض حادث بعد الاقرار فالحجر بسببه لا يستند الى وقت الاقرار ● وفي الوجه
الخامس وهو ان يكون وارثا وقت الاقرار والموت فيما بينهما بان اقر لامرأته ثم ابانها وانقضت
عدتها ثم تزوجها ثم مات من مرضه يبطل اقراره في قول ابي يوسف وبه قال الشافعي في
الاظهر ومالك واحمد ولا يبطل اقراره عند محمد وهو القياس لانها انما ورثت بسبب حادث
بعد الاقرار فلا يؤثر ذلك في ابطال الاقرار كما لو اقر المريض ثم صح ثم مرض ثم مات ولابي
يوسف ان الاقرار حصل للوارث وثبت له هذه الصفة عند الموت فكان باطلا كما لو لم
يطلقها وهذا لان اقراره له انما لا يصح لتمكن تهمة الايثار بسبب الوراثة وهو موجود وقت
الاقرار ووقت الموت والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرر صفة الوراثة عند الاقرار
لان بهذا الاقرار غير متقرر ثم فصح الاقرار مطلقا له كذا في المبسوط **فصل**
قدم الاقرار بالمال لكثرة وجوده وعقبه بالاقرار بالنسب لقلة وجوده **قوله** وصدقه
الغلام اي فيما اذا كان الغلام يعبر عن نفسه اما اذا لم يكن يعبر عن نفسه ثبت نسبه
بدون تصديقه وعند الشافعي واحمد لا يعتبر تصديقه وتكذيبه اذا لم يكن مكلفا كالصغير
والمجنون عبر عن نفسه او لا وفي الكبير يشترط تصديقه وقال مالك لا يشترط تصديقه اذا لم
يكذبه الحس او الشرع سواء كان كبيرا او صغيرا ولو كذبه الحس بان يكون لا يولد مثله لمثله
لا يثبت نسبه بلا خلاف وقال مالك لو كذبه العرف بان يستفيض الناس انه ليس بولده كما اذا
كان الغلام سنديا والرجل فارسيا لا يثبت نسبه ولا يكون الغلام حرا ذكره في الجواهر وقلنا
اذا لم يكن نسبه معروفا ويولد مثله لمثله يثبت نسبه وان كذبه العرف لان النسب مما يحتاط
في اثباته ففي كل صورة يمكن اثباته يثبت وفي هذه الصورة يمكن فيثبت ولو اقر بنسب صغير
ميت لا يثبت نسبه عندنا ومالك وقال الشافعي واحمد يثبت ولو كان معروف النسب من غيره
لا يثبت نسبه منه ايضا بلا خلاف لانه عليه السلام لعن من انتسب الى غير ابيه **قوله**
لان النسب مما يلزمه خاصة اي ليس فيه حمل النسب على الغير بل هو حق يلزمه خاصة فيقبل
اقراره كذا في شرح الاقطع **قوله** وقد مر من قبل في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى
في قوله وان كان الصبي في ايديهما فان المراد منه ان كان صبيا لا يعبر عن نفسه اما اذا كان
فالتعيين اليه لانه حينئذ كان في يد نفسه فلا يقبل اقرار غيره عليه **قوله** ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين والولد بالشرائط التي قلنا فانه ذكر في شرح فرائض السراجي لمصنفه الاقرار
على ضربين احدهما يجوز ويثبت النسب كالاقرار لمجهول نسب يولد مثله لمثله ويصدقه
اذا كان بالغا واذا لم يكن كذلك لا يصح اقراره وكذا لو اقر بالوالدين يصح بشرط ان يولد المقر
منهما وبشرط ان لا يكون للمقر نسب معروف من غيرهما وبشرط ان يصدقه الاب والام اذا
كانا عاقلين وفي هذا اجماع لا خلاف فيه وكذلك المرأة اذا اقرت بالوالدين يصح بهذا الشرط
وفي النهاية ما ذكر ههنا من صحة اقرار المقر بالام صرحت قال بالوالدين موافق لرواية التحفة
ورواية شرح فرائض السراجي لمصنفه ويخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع

وغيرها والله اعلم بحقيقته **قوله** والزوجة والمولى اي اقراره بالمراة يصح اذا
صدقته المراة وكانت خالية من الزوج وعدته ولم يكن تحته اختها او اربع سواها
واراد المولى مولى العتاقة سوا اراد المعتق على صيغة الفاعل او المعتق على صيغة المفعول فان
الاقرار لكل واحد صحيح اذا صدقه المقر له ولا يكون ولاؤه ثابتا من غيره لان الولا كالنسب وثبوت
النسب من الغير يمنع صحة الاقرار به فكذا الولا اليه اشار في الذخيرة لما بينا وهو ان موجب
الاقرار ثبت فيما بينهما لتصادقهما وليس فيه حمل النسب على الغير وبشرط ان يكون خالية
عن الزوج وعدته ولا يكون تحت المقر له بالزوجية اختها واربع سواها **قوله** تفصيلا
في كتاب الدعوى فقد ذكر فيه اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت المراة ذات زوج اما
اذا لم يكن منكوحة او معتدة قالوا ايثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها • تفصيل اخر وهو ان شهادة القابلة انما تشترط اذا ادعت نسب الولد من
من زوجها وزوجها ينكر اما لو ادعت وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد القابلة
بذلك **قوله** ولا بد من تصديق هولا بلا خلاف لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ
الاقرار على تصديقهم **قوله** وكذا تصديق الزوجة يعني اقر الرجل بانها زوجته ثم مات
فصدقته المراة بعد موته جاز تصديقها بالاتفاق حتى يكون لها المهر والارث لان حكم النكاح
وهو العدة باق بعد الموت ولهذا تغسله بعد الموت اما في العكس وهو ان اقرت
بنكاح رجل وماتت فصدقها الزوج فلم يصح في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يصح تصديقه
بعد موتها وعليه مهرها وله الميراث منها لان الاقرار بالنكاح لا يبطل بالموت بدليل جانبه
وذلك ان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا ترث المراة منه
فيصح التصديق ولابي حنيفة ان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكم ثبت بعد الموت والنكاح
انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت فاما في المستقبل فالنكاح معدوم ولا نفقة فلم يصح
الاقرار صحيحا لاثبات الارث ابدا فيكون التصديق واقعا في شي هو في الحال معدوم من
كل وجه وهو النكاح وهذا لا يجوز **فان قيل** لو اقر بعبد لرجل ومات العبد وترك
كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له يستحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك
قلنا الكسب في حكم المنفعة فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بكسبه فيصير قائما بقيام العبد
واما الارث فيثبت بعد الموت على سبيل الخلافة بسبب الزوجية لا بحق الاقرار فالمستحق
عليها بالنكاح يفوت بموتها فيصير تصديقه بعده دعوى ارث مبتدا كذا في الاسرار والايضاح
وغيرهما **قوله** ومن اقر بنسب من غير الوالدين الى قوله لا يقبل اقراره وفي التحفة لا
بد فيه من البينة **قوله** فان كان له قال الشيخ لانه ليس صورة ذلك الاقرار فان كان لذلك
المقر وارث معروف من نسب او موالاة فالارث للعمة او الخالة او مولى العتاقة او مولى
الموالاة لا للاخ المقر له لانه لم يثبت نسبه فلا يزاحم الوارث المعروف ولا خلاف فيه وان
لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه وبه قال مالك **قوله** لما مر وهو ان فيه حمل
النسب على الغير ويشاركه في الارث وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم وقال
الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب وحكي ذلك عن ابن سيرين اما لو كان
الوارث واحدا فاقر بجميع الميراث فاقر باخ او عم او اقر جميع الورثة شاركهم في الميراث بلا خلاف
وثبت نسبه عند الشافعي واحمد وابو يوسف ومحمد وحكاه عن ابي حنيفة وعند ابي حنيفة ان

كان الوارث واحدا لم يثبت النسب باقراره وان كان اثنين ثبت في المشهور عنه وهو قول
مالك واختلفوا في كيفية المشاركة فلو اقر باخ وجحده اخوه اعطي نصف ما اخذه وعند مالك
واحمد ثلث ما اخذه وبه قال ابن ابي ليلى والثوري والحسن بن صالح وابو عبيدة وابو ثور ولو
اقر باخت وانكر اخوه اعطي ثلث ما اخذه عندنا وعند مالك واحمد خمس ما اخذه ولو
اقر ابن وبنت باخ وكذبه ابن وبنت نقسم نصيب المقرين بينهم اخماسا عندنا وعند مالك
واحمد ارباعا فالاصل عندنا ان نقسم نصيب المقر له على قدر نصيبه وعلى ما نصيب المقر له
من نصيب المقر خاصة لان من زعم المقر ان حق المقر له بعضه في نصيبي وبعضه في نصيب شركائي
فيقسم كذلك كما هو المذهب عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول واحمد
يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحق وابو عبيد
وابو ثور لانه لا يستحق اكثر من نصف الميراث فلا يلزمه اكثر من نصف الدين كما لو اقر اخوه ولانه
اقرار يتعلق بحصته وحصة اخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية واقرار احد
الشريكين على مال الشركة وقلنا الدين يتعلق بتركة الميت فيكون مقدما على الارث فما لم
يقبض جميع الدين لا يكون له من الميراث شي ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ما قبض وان صادقا
على ان المقبوض مشترك بينهما فان الابن المقر يزعم ان الاب قبض النصف شايعا والابن
المنكر يزعم ان الاب ما قبض شيا والخمسين الباقية على الغريم التي يقبضها الاخ المنكر
مشترك بين المنكر والمقر وذلك لان جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذا بعضه يكون
مشتركا بينهما فما هلك هلك مشتركا وما بقي بقي مشتركا لكن الاخ الجاحد لما انكر
الهلاك حتى لم يوثر الهلاك في نصيبه فلو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم
على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقايه دينا على الميت فان الدين مقدم
على الارث فيودي الى الدور ولو اقر احدهما ان الاب قبض الكل وكذبه الاخر وترك الميت
مائة اخرى واقتسماه رجع المكذب على الغريم بنصفه بعد ان حلف المكذب بالله ما يعلم
ان الميت قبض الكل فان نكل بري الغريم عن كل الدين بخلاف الاول لان الغريم هناك
يدعي البراة عن الخمسين وقد حصل له البراة عن الخمسين باقرار المصدق فلا يحلف المكذب
لحق الغريم وهنا يدعي الغريم البراة عن الكل وقد بري عن النصف ويرجع الغريم على المقر بنصف
المائة الذي اخذه من تركة ابيه لان من زعمه ان الميت قبض كل المائة وصار ذلك دينا عليه
وبطلت المقاصة فيما قبض الابن المكذب وبقي الخمسين دينا على الميت للغريم والدين مقدم
على الارث والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الصلح

وقد مر وجه مناسبة الصلح بالاقرار والدعوى في اول الاقرار فلا حاجة الى بيان محاسن
الصلح اذ الصلح اسم للمصالحة وهو حسن بذاته لانها خلاف المخاصمة والمخاصمة قبيح لذاته ثم
يحتاج الى بيان الصلح لغة وشريعة وركنه وسببه وحكمه فالصلح اسم لغة للمصالحة التي هي المسالمة
واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وشرعا عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب
والقبول وسببه ما هو سبب في ساير المعاملات وهو تعلق بقا المقدور بتعاطيه وشرطه
كون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما اذا كان حقا لا يجوز الاعتياض
عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس فلا يجوز الصلح عنه وكون بدل الصلح مالا معلوما ان احتيج
الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه حقا في حانوته

لا شرط معلومية بدل الصلح
ان لم يحتج الى قبضه

فنصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة
الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراة عن دعوى المدعي وانواعه مذكوره في
الكتاب وجوازه بقوله تعالى والصلح خير وقال تعالى وان طايفتان من المومنين اقتتلوا فاصلحوا
بينهما والحديث المذكور في المتن رواه ابو هريرة والترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح وما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم صالح اهل مكه عام الحديبية وانعقد الاجماع على جوازه **فان
قيل** قوله تعالى والصلح خير لا يدل على تعميم الصلح لان الاية سبقت في الصلح بين الزوجين
بدليل سياق الاية وان امراه خافت من بعلها نشوزا او اعراضا الاية ثم قال والصلح خير فيكون
الالف واللام للمعهود المذكور كما في قوله فعصى فرعون الرسول لان المنكر اذا اعيدت معرفة كان
الثاني عين الاول **قلنا** قيل في جوابه في الاسرار ان قوله والصلح خير كلام مستقل بذاته فلا
يرتبط بسببه ولانه تعالى اخرجه مخرج التعليل من الصلح المشروع قبله اي صالحوا لان الصلح خير والعلة
لا يتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل متى وجدت ثبت حكمها يوبده قوله الصلح جايز بين المسلمين الحديث
ولانه لو حمل على الجنس يدخل المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس
اولى بدليل عموم الحديث ثم الصلح عن الاقرار والانكار والسكوت جايز عندنا وبه قال مالك واحمد
وقال الشافعي لا يجوز الا مع الاقرار لما روينا وهو قوله عليه السلام الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وهذا اي الصلح على الانكار بهذه الصفة لان المدعي ان كان محقا كان اخذ المدعى به حلالا قبل الصلح
وحراما بعده وان كان مبطلا كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل
بالصلح فكان هذا صلحا احل حراما ولان الصلح بهذه الصفه دفع رشوة لان المدعى عليه يدفع المال
لشره وخصومته فيكون رشوة وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي بخلاف الصلح عن الاقرار فانه لا
يكون فيه ذلك ولنا ما تلونا من الاية والحديث فان كل واحد باطلاقه يتناول الصلح على الانكار
والسكوت فالتقييد بحالة الاقرار يكون زيادة على النص وما روى اخره اي اخر الحديث احل حراما
لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح مع امراته ان لا يطاها ضرتها او امته وهذا النوع من الصلح
باطل عندنا وذلك لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه وكذا الحلال المطلق فحمله على هذا اولى
وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك لان الصلح في العادة يقع على بعض الحق
فما زاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما
على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرف ان المراد به غير هذا اليه اشار في المبسوط
وفيه نوع تامل قوله ولان هذا اي الصلح على الانكار صلح بعد دعوى صحيحه ولهذا
يستحلف المدعى عليه فيجوز لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه الثابت في زعمه وهو مشروع والمدعى
عليه يعطيه قطعا للمنازعة صيانة لعرضه وبذل المال لمثل هذا العرض مشروع لان المال
خلق لصيانة الانفس عن المهالك والمفاسد واذا جاز الاعطا والاخذ بناء على عرضهما والصلح
ليس الا هذا ولهذا قال ابو حنيفة اجوز ما يكون الصلح الصلح عن الانكار لان معنى الصلح يتحقق
فيه وهو قطع الخصومة ودفع اذى الشغب والمشاجرة فكان معنى الصلح فيه ابلغ واتم فكان احق
بالجواز والحاجة الى هذا الصلح امس ايضا لان الناس يحتاجون الى الصلح على الانكار لقطع المنازعة
ولهذا قال الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله لم يعمل السلطان في ايقاع العداوة والبغضا
بين الناس مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس كذا
في المحيط قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم جايز جواب عن قوله وهذا رشوة على انا نقول

انما يكون رشوة اذا اخذه بالجهة التي يدفعه الدافع بل يأخذ بجهة الاعتياض عن حقه فلا
يكون ومن ابطل ذلك فانما يبطله احتياطا للتحرز عن الحرام والرشوه والاعمال بالنيات كذا
في المبسوط **فان قيل** قوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي عام يتناول هذه
الصوره **قلنا** الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع
كما لو دفع الرشوة حتى يخرج الوالي احد الورثه عن الارث اما دفع المال لدفع الضرر عن نفسه
جايز للدافع كما ذكرنا ان المال خلق لصيانة الانفس ونقل ابو الليث عن ابي يوسف جواز المصانعة
للاوصيا في اموال اليتامى وبه نفتي واليه اشار في كتاب الله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين
يعملون في البحر فاردت ان اعيبها اجاز التعييب في اموال اليتامى مخافة اخذ المتغلب كذا في احكام
الصغار وفي المحيط فلو رشى لدفع خوفه على نفسه او ماله او خوفا على لسانه او اعطى مالا
لشاعر لا ما يريد فهذه المواضع حل الاعطاء والرشوه اربعة انواع ثلاثه حرام للاخذ والمعطي
والرابع حلال للدافع لا للاخذ وينظر فيه **قوله** ونقده اي الصلح جهالة البدل اي اذا
كان يحتاج الى القبض لافضايها الى المنازعة **قوله** لانه اي المصالح عنه يسقط كما يقول السفرا
بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار وبه قال مالك واحمد وقال
الشافعي يفسده جهالة المصالح عنه ايضا كما في البيع الا هذا ولهذا قال ابو حنيفة اجوز ما يكون
الصلح الصلح عن الانكار لان معنى الصلح يتحقق فيه وهو قطع الخصومة ودفع اذى الشغب والمشاجرة
فكان معنى الصلح فيه ابلغ واتم فكان احق بالجواز والحاجة الى هذا الصلح امس ايضا لان الناس يحتاجون
الى الصلح على الانكار لقطع المنازعة ولهذا قال الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله لم يعمل الشيطان
في ايقاع العداوة والبغضا بين الناس مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما فيه من امتداد المنازعات
بين الناس كذا في المحيط ويشترط القدره على تسليم البدل حتى صالح على عبد ابق لم يصح **قوله**
فيشترط التوقيت فيها حتى لو صالح على سكنى دار الى مده معلومه جاز ولو قال الى الابد او حتى يموت
لا يجوز **قوله** ويبطل الصلح بموت احدهما اي المدعي او المدعى عليه وكذا يبطل بهلاك محل
المنفعة حتى لو صالح عن دعوى دار على سكنى او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او
لبس هذا الثوب شهرا ثم مات المدعي او المدعى عليه او هلك محل المنفعه قبل الاستيفا بطل الصلح قياسا
وهو قول محمد فيعود على راس الدعوى ولو كان بعد استيفا بعضها بطل بقدر ما بقي ويرجع في دعواه
بقدره لانه اجاره وهو يبطل بكل واحد من هذه الاشيا وقال ابو يوسف ان مات المدعى عليه لا
يبطل الصلح ويستوفيه المدعي وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم
مقامه ويبطل في ركوب الدابه ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعه وفي ابطال الصلح بموت
احدهما اعادة المنازعة فيهما والناس يتفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام
المورث للضرر الذي يلحق المالك بفوت المعقود عليه فيبطل ضرورة **فان قيل**
العبد احتى او المدعي يبطل الصلح كما يبطل الاجارة عند محمد وعند ابي يوسف لا يبطل ويوخذ
من القاتل قيمته ويشتري بها عبد اخر ثم المدعي ان شا رضي بخدمته وان شا نقض الصلح فان فات
واخلف بدلا والتخيير للتعيير ولو قتله المدعى عليه او مات بطل الصلح بالاجماع ولو استاجره
المالك لم يجز عند محمد كالمستاجر وعند ابي يوسف يجوز **قوله** كما يختلف حكم الاقالة
فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وكذا الخلع معاوضة من جانب المراة يمين من جانب الزوج
وكذا الجهة الواحدة في تحري الصوم عند اشتباه القبلة قبله في حق شخص دون شخص وحكم النكاح

نحو للمصانعة للاوصياء في اليتيم وبه نفتي

حل في حق امراته بحرم موبد في حق ام امراته وكمن اشترى عبدا او جريته فما يعطي من الثمن بدل
ملك الرقبه في حق البايع وفدا في حق المشتري حتى يعتق العبد وهو كثير النظير **قوله** بالشك
لان على تقدير الاقرار يكون عوضا وعلى تقدير الانكار لا يكون عوضا مع ان حمل السكوت على
الانكار اولى لان فيه تفريغ الذمة وهو الاصل **قوله** لانه اي المدعى عليه باخذ الدار
على اصل حقه اي يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع المال لقطع الخصومة لا
انه يشتريها بخلاف ما لو صالح عنها باقرار حيث تجب الشفعة لانه اعترف بالملك للمدعي واستفاده
بالصلح فكانت مبادلة مالية **قوله** بخلاف ما لو صالح على دار بانكار او سكوت او اقرار
قوله وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه ما اشتراها من المدعى عليه وهو منكر تجب فيها
الشفعة **قوله** بحصة ذلك من العوض اي بدل الصلح **قوله** يرجع المدعي بالخصومة
اي الى المستحق لانه قام مقام المدعى عليه ورد العوض الى بدل الصلح لان الصلح مبني على زعم
المدعي وفي زعمه انه اخذ العوض عوضا عن الدار فاذا استحقت كان عليه رد المقبوض من البدل
كالمبيع اذا استحق ولو كان مبنيا على زعم المدعى عليه ففي زعمه انه اعطى المال بغير حق وان له
حق الاسترداد كذا في المبسوط **قوله** الا لدفع خصومته اي خصومة المدعي عن نفسه
وهذا بخلاف ما لو اعطى المدعي شيا للمدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار فان المدعي لا
يرجع على المدعى عليه بشي لان في زعم المدعي ان ما دفع اليه ليس بواجب عليه لاني اخذت ملكي فكنت
متبرعا فيما اعطى ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق او لان المدعى عليه مضطر في مسئلة الكتاب لانه
يدفع لضرورة قطع الخصومة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها اما المدعي ليس بمضطر فيما اعطى
لانه على خيرة في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار عند ظهور الاستحقاق فلا
يرجع بشي **قوله** بعضه ذلك اي المصالح عنه وهو الدار التي في يد المدعى عليه رد حصته
اي من بدل الصلح ورجع بالخصومة فيه اي في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه
اعتبارا للبعض بالكل **قوله** رجع الى الدعوى اي رجع المدعي الى دعواه السابقة مع المدعى عليه
قوله بخلاف ما اذا باع منه صورته صالح ذو اليد المنكر مع المدعي على عبد فقال بعت منك
هذا العبد بهذه الدار يعني اجرى لفظ البيع في مقام الصلح ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على
المدعى عليه بالدار لا بالدعوى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له اي للمدعي وبه قال الشافعي
في الاصح وقال ابو حامد من اصحابه لا يكون اقرارا **قوله** في الفصلين اي الاقرار والانكار
قوله فصالح على قطعة منها اي من الدار لم يصح قال الساغني في وجه وبه قال واحد وكذا لو
صالحه على ان يبني فوقه او بيتا او يسكنها فعلى هذا الخلاف قيل ما ذكره هنا غير جواب ظاهر الرواية
حيث ذكر في الذخيرة ادعى دارا وانكره ذو اليد واصطلحا على بيت معلوم من دار اخرى يجوز او على
بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جايز وبه قال الساغني في وجه لان في زعم
المدعي انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاجاز هذا الصلح
هل يسمع دعوى المدعي وبينته في بقية الدار بعد ذلك وفيما اذا وقع الصلح على بيت معلوم من هذه
الدار ذكر الامام بحر الدين النسفي في شرح الكافي يسمع وذكر شيخ الاسلام لا يسمع • وجه من قال يسمع
ان المدعي استوفى بعض حقه وابرا عن الباقي والابراء لاقي عينا والابرا في الاعيان باطل فصار وجوده
كعدمه • وجه ظاهر الرواية ان الابرا لاقي عينا ودعوى فان المدعي يدعي جميع الدار والابراء عن الدعوى
صحيح وان كان عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابراتك عن دعوى هذا العين يصح الابراء حتى لو ادعاه

بعد ذلك لا تسمع دعواه **قوله** والوجه فيه اي الحيلة في جواز هذا الصلح او يلحق به
اي بهذا الصلح ذكر البراة عن دعوى الباقي بان قال المدعي ابراتك او برئت من دعوى هذه الدار
فيصح الابرا لان الابراء عن دعوى العين جايز اما لو قال ابراتك من هذه الدار او من خصومتي في هذه
الدار فهذا الابرا لا يصح وله ان يخاصم بعد ذلك لان هذا ابراء عن ضمانها لا عن دعواها وعن هذا قالوا
ان عبدا في يد رجل لو قال له آخر برئت منه كان بريا منه ولو قال ابراتك منه كان له ان يدعيه وانما
ابراه من ضمانه كذا في الذخيرة

فصل

لما ذكر مقدمات الصلح وشرايطه
وانواعه شرع في بيان ما يجوز منه وما لا يجوز **قوله** لانه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه
ولا خلاف فيه وقوله بالمنافع بالجر اي عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية
من رب الدار فجحد الوارث او اقر به وصالحه على شي جاز لان اخذ العوض عن المنافع جايز بالاجارة
فكذا بالصلح **قوله** ويصح عن جناية العمد فمن عفي اي اعطي والخطا وكذا عن كل حق يجوز اخذ
العوض عنه بلا خلاف اما الاول اي الصلح عن جناية العمد فمن عفي اي اعطي له من دم اخيه شي وذلك
بطريق الصلح كذا قاله ابن عباس وفي التيسير للاية معنيان احدهما ما قاله ابن عباس والحسن والضحاك
فمن عفي اي اعطي له من دم اخيه بسهولة واريد به ولي القتيل من اخيه اي جهة المقتول شي من المال
بطريق الصلح ونكره لانه مجهول القدر فانه يتقدر بما راضيا عليه فاتباع بالمعروف اي فلولي القتيل
اتباع المصالح ببدل الصلح على حسن معاملة واداء اي على المصالح اداء الى ولي القتيل باحسان والثاني
ما قاله جماعة وهو مروي عن عمر وابن عباس ان الاية في عفو بعض الاوليا ويدل عليه قوله
شي فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شي
من القصاص بان كان للقتيل اوليا فعفي بعضهم صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم
من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر
حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص



قوله وهو اي الصلح بمنزلة النكاح في المبسوط ما يصلح مهرا يصلح بدلا في الصلح لانه مال
يستحق عوضا عما ليس بمال بالعقد ولهذا لا يبطل الصلح عن دم العمد بهلاك البدل كما لا يبطل النكاح
لان الصلح عن دم العمد لا يحتمل الفسخ كالنكاح بخلاف الصلح عن المال ولهذا لو صالحه عن القود
على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز كما في النكاح **فان قيل** لو صالحه عن القود على ان عفي
عن دم وجب عليه يجوز ولو تزوجه على عفو عن القود لا يجوز **قلنا** اسقط كل واحد حقه عما
له من القود وكل واحد منهما متقوم صالح للاعتياض عنه فيجوز ان يجعل احدهما عوضا عن الاخر
لكونه متقوما بخلاف النكاح فان الشرط في المهر ان يكون مالا قال تعالى ان تبتغوا باموالكم والقصاص
ليس بمال وفي القصاص الشرط ان يكون ما يستحق متقوما وذلك موجود في القصاص ولهذا لو
صالح عن القود على اقل من عشرة دراهم يجوز ولو سمي في النكاح لا يجوز **قوله** الا ان عند
فساد التسمية بان صالح على ثوب او دابة غير معينين يصار الى الدية اي في مال القاتل وهذا
لان الولي ما رضي بسقوط حقه مجانا وقد صار مغرورا من جهة القاتل بما سمي له فيرجع عليه ببدل
ما سلم وبدل النفس الدية ويجب في مال القاتل لانه وجب بعقده فكان عليه خاصة كذا في المبسوط
والايضاح **قوله** لانه اي المال لا يجب بمطلق العفو فلا يكون من ضرورة الصلح عن القود
وجوب المال فانه لو عفي ولم يسم مالا يصح فصار ذكر الخمر وعدمه سواء فبقي مطلق العفو وفي مطلق
العفو لا يجب شي فكذا في ذكر الخمر في الصلح وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل فساد

الشبهة و في فصل تسمية الخمر لانه اي مهر المثل الموجب الاصلي في النكاح بقوله تعالى ان تبتغوا
باموالكم وجب اي مهر المثل مع السكوت اي عن ذكر المهر حكما او شرعا لقوله ان تبتغوا باموالكم
في الطلاق جواب الكتاب اي القدوري وهو قوله ويصح عن جناية العمد والخطا قوله
وهذا اي الصلح عن القصاص بخلاف الصلح عن حق الشفعة بمال حيث لا يجوز وبه قالت الائمة
الثلاثة مع ان كلا منهما حق التملك لا حق في المحل فان للشفيع ان يتملك وللولي ان يتملك الفعل
فقيل ان يتملك الفعل لا حق في المحل فقال اما القصاص فملك المحل اي المحل مملوكا في حق اقامة
الفعل قبل الفعل فظهر الحق في المحل لملك الاعتياض اما لا حق للشفيع في الدار المشتراه قبل ان
ياخذها بالشفعة بل له ان يتملك ملك الغير فكان قبل التملك لا حق له في المحل فلا يصح الاعتياض
كذا في الايضاح فان قيل لو قطع يمين رجل قطع يمين اخر يجب القصاص للثاني كما يجب للاول
فلو ظهر اثر الاستحقاق في المحل لما وجب للثاني لان المحل صار مستحقا لشخص لا يصير مستحقا لاخر
قلنا المحل ما صار مملوكا به على الاطلاق بل صار مملوكا له في حق الفعل الذي يقيمه فقط وظهوره في
حق فعل لا يدل على عدم ظهوره في حق فعل اخر وقيد الصلح عن الشفعة على مال لانه لو صالح حق
الشفعة على اخذ نصف الدار يصح لانه ذكر في المبسوط صلح الشفيع على ثلاثة اوجه في وجه يصح وهو
ان يصالح على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا يبطل شفعته وهو ان يصالح على
اخذ بيت معين منها بحصته من الثمن لا يصح لان حصته مجهولة ولا يبطل شفعته لانه لم يوجد منه
الاعراض عن الشفعة وفي وجه لا يصح ويبطل شفعته وهو ان يصالح على مال فهنا تبطل شفعته
لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشتري في الدار لم يتغير بهذا
الصلح بل بقي على ما كان ولا يجوز الاعتياض في حق الشفعة لما ذكرنا قوله والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة اي في عدم جواز الكفالة صورته صالح المكفول له الكفيل على شيء من المال
على ان يخرجه من الكفالة لا يصح الصلح ولا نعلم فيه خلافا قوله روايتين على ما عرف في
موضعه ذكر في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص لان الاقدام
على الصلح يتضمن البراءة عن الكفالة والسقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وبه
يفتى وفي رواية ابي سليمان لا تبطل الكفالة بالنفس لانها وسيلة الوصول الى المال فاخذت حكمه
حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا كذا في الايضاح والذخيرة
قوله الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية وفي المعنى هذا اذا كان ذلك الصلح منفردا
اما اذا كان الصلح عن دم العمد متضمنا بالصلح عن دم الخطا يجوز وان زاد بدل الصلح على قدر
الدية كما لو صالح ولي قتيل العمد وولي قتيل الخطا بمن قتل عمدا او قتل اخر خطا على اكثر من الديتين
يجوز ولصاحب الخطا قدر الدية وما بقي لصاحب العمد قوله ايا اذا صالح على ذلك
جاز بان صالح على مكيل او موزون وقيمتها اكثر من الدية يجوز بلا خلاف قوله عن دين بدين
اي عن دين الدية بدين بدل الصلح على جنس اخر عنها اي من المقادير بان قضى بمائة من الابل فصالح
على اكثر من مائتي بقرة جاز وعند الشافعي واحمد لا يجوز لانه اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون
اكل مال الباطل وقلنا لما عين القاضي الوجوب في الابل خرج غيره عن كونه واجبا فكان ما يعطي
عوضا عن الواجب فيصح اذا كان يدا بيد اما لو صالح على شيء من المكيل او الموزون سوى الدراهم
والدنانير الى اجل فهو باطل لان القاضي لما عين الحق في الابل كان هذا اعتياضا عن دين بدين
فلا يجوز ذكره في الايضاح قوله ولا يجوز الصلح عن دعوى حد صورته اخذ زانيا او

سارقا او شارب خمر فصالح على مال على ان لا يرافعه الى الحاكم فهو باطل ويرد ما اخذه ولا
نعلم فيه خلاف لانه حق الله تعالى لا حق العبد والاعتياض عن حق الغير لا يجوز قوله
لانه اي النسب حق الولد صورته ادعت امراة على رجل هذا الصبي الذي في يدها انه ابنه وجحد
الرجل ولم تدع المراة بالنكاح وقال قد طلقني واقر الزوج انه قد طلقها وبانت فصالح من
من النسب على مائة فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز للام اسقاطه كذا في شرح القدوري
ونسب هذه الرواية الى ابي يوسف في الايضاح وقال النسب حق الصبي فلا تملك الام اسقاطه
بعوض وغير عوض قوله الى الطريق العامة قيد به لان الظلة لو كانت على طريق غير نافذ فصالح لح
رجل من اهل الطريق جاز بلا خلاف لان الطريق مملوك لاهلها فظهر في حق الافراد فكان الصلح معه
مفيدا لانه يسقط حقه ويتوصل الى تحصيل رضى الباقين فجاز ذكره في الايضاح هذا خلاف ما لو
اراد ان يفتح بابا في غرفة او كوة فخاصمه احدهم فصالحه على مال ليترك الكوة لا يسدها فالصلح
باطل ذكره في فتاوى قاضي خان مع ان ما يقابل الكوة من دار الجار مملوكا للجار ومع ذلك لم
يجز الصلح لان الجار ظالم في منع صاحب الكوة عن الانتفاع بمال نفسه والجار انما ياخذ المال ليمتنع
عن الظلم والامتناع عنه واجب فلا يجوز الصلح عليه اما باني الظلة ليس يتصرف في ملك نفسه
بل هو بناها في ما هو مشترك بين قوم معلومين فيجوز وفي مسالة الكوة لو صالح صاحب الكوة على ان
ياخذ مالا ويسد كوته فالصلح باطل ايضا لان الجار انما دفع المال ليمتنع صاحب الكوة عن التصرف
في ملك نفسه والانتفاع به فكان باطلا اليه اشار في فتاوى قاضي خان قوله واحد على
الانفراد قيد به لو صالح الامام بمال على ان يترك الظلة جاز الصلح لان الاعتياض من الشركة
العامة جائز من الامام ويضع ذلك في بيت المال كما لو باع شيئا من بيت المال يجوز كذا في الذخيرة
ومبسوط شيخ الاسلام لان المغلب فيه اي في حد القذف حق الشرع ولهذا لا يورث ولا يسقط
بالعفو عندنا واخذ العوض على حق الغير لا يجوز وعند الشافعي واحمد وان كان المغلب فيه حق
العبد لكن حق غير مالي فلا يجوز اخذ العوض عنه وعند مالك هو مشترك فلا يجوز اخذ العوض عنه
قوله وكان في معنى الخلع اي في زعم الزوج اذ الخلع بلفظ البراءة صحيح وبه قال بعض
اصحاب احمد وقال بعض اصحابه لا يجوز لان الصلح في الانكار في حق المنكر لافتداء اليمين ولا يمين
عليها في هذه الدعوى وقلنا المراة بذلته لدفع الخصومة عن نفسها وتخليص نفسها عن الوطي
الحرام وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك قوله قالوا اي المشايخ لا يحل له
الى اخره وفي النهاية هذا عام في جميع انواع الصلح بدليل ما ذكر في كتاب الاقرار لو اقر لغيره بمال
والمقر له يعلم انه كاذب لا يحل له اخذ ذلك ديانة الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا بطريق
الهبة ابتداء وبه قالت الائمة الثلاثة قوله قال رحمه الله هكذا ذكر وذكر بعض الدال على
بناء الفاعل بدليل ما ذكر بعده وفي بعضها قال لم يجز وهو المذكور في شرح القدوري وجه الاول
وهو الجواز انه يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة قوله فالزوج
لا يعطي العوض في الفرقة من جانب الزوج اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المراة هي التي سلم
لها نفسها وتخلص عن الزوج فالحال على ما كان قبل الدعوى ويكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذ
به عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة محض من غير دفع خصومة ويلزمها رده وانما قلنا لم يقابله شيء
لان النكاح ما ثبت ههنا وهي لم تترك الدعوى لان الفرقة لم توجد وكان دعواها في زعمها على حالها
لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز قوله وان ادعى على رجل انه عبده اي

رجل مجهول الحال فانكر الرجل ثم صالحه على مال يجوز هكذا ذكره في المبسوط وبه قال احمد
و **قوله** لهذا يصح على حيوان في الذمة وكذا لو اقام منه بعد الصلح انه عبد لا تقبل بينته
في اثبات الملك لان ما جرى بينهما بمنزلة الاعتاق كذا في المبسوط **قوله** لا ولا له اي للمدعى
لانكار العبد كونه عبدا الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك على انه عبد فيقبل اي في حق الولا
وثبت الولا لانه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة الاعتاق على مال فثبت الولا **قوله**
لم يجز له اي للعبد الماذون ان يصالح عن نفسه على مال سوا كان عليه دين او لا ومع فساد الصلح لا يجوز
لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى بدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى
فتاخر البدل الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه لم يجز لحق المولى اما في حق نفسه يجوز لانه مكلف
وكان كالامة البالغة اذا طلقها زوجها بمال وقبلت فان المال يجب في حقها وان لم يجب في حق
المولى حتى يواخذ به بعد العتق وصار كانه طلقها بمال موجل ولهذا يقع الطلاق بائنا فكذا
ههنا كانه صالحه على بدل موجل يواخذ به بعد العتق فيجوز الصلح في حق المولى فلم يجز ان يقتله
بعده ولا ان يتبعه بشي ما لم يعتق كذا ذكره المحبوبي وهذا جواب عما لو قال لما سقط القتل بعفوه
وقد اعترف المولى به فلم لم يخاطب بالدفع او الفدا فقال لما كان صلحا ببدل موجل الى ما بعد
العتق لم يخاطب به المولى في الحال وهذا بخلاف المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه
بشي من كسبه يجوز وفي الماذون لا يجوز لان المكاتب اعلى حالا من الماذون فكان يده على نفسه
اقوى ولهذا لو ادعى انسان رقبة المكاتب ينتصب المكاتب خصما للمدعي ولو قطع شي من طرفه
كان البدل له فيقضي له بدل كتابته ويستعين به بخلاف الماذون حيث لا ينتصب خصما ولا يكون
بدل طرفه له فصار كالحر باعتبار قوة يده اما الماذون فلحجره بما قبل الاذن لضعف يده وصلحه
عن نفسه قبل الاذن لا يصح فكذا بعد الاذن ذكره المحبوبي **قوله** ولهذا لا يملك التصرف
فيه اي في رقبته على تاويل العضو او الجزء سعا قيد بالبيع لا يملك الصرف فيه اي في رقبته اجازة كذا
كذا ذكر التمرتاشي **قوله** استخلاصا بمال المولى لان ما اعطاه من بدل الصلح مال المولى
وصار اي العبد الماذون كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال
مولاه بغير اذنه لا يجوز فكذا ههنا **قوله** وهذا شراؤه اي الصلح على مال في معنى الشرا
فان العبد صار كالمستحق بفعل العمد ولو زال عبده عن ملكه بملك شراه فيملك الصلح ايضا ولو
زال نفسه عن ملك المولى لا يملك شرا نفسه فكذا لا يملك الصلح عن نفسه كذا في جامع صدر
الاسلام **قوله** ومن غصب ثوبا يهوديا الى اخره وضع المسلة في الاصل في العبد وكذا
الخلاف في كل ما لا مثل له وقالا اي ابو يوسف ومحمد بطل الفضل على قيمته وبه قال الشافعي واحمد
ثم قيد بالغصب لانه ادعى الصلح ذلك عادة فان الحكم في المستهلك والمبيع كذلك وقيد بالثوب احترازا
عن غصب المثلي فان الصلح فيه بالدراهم والدنانير بالزيادة يجوز بالاجماع وقيد بكونه يهوديا
ليعرف قيمته اذ لا بد ان يكون الثوب المدعى به موصوفا حتى يعرف قيمته وقيد بالاستهلاك لان الثوب
اذا كان قائما يجوز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله على مائة درهم لانه لو صالحه على
طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالاجماع ثم هذا الخلاف فيما اذا
لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب اما بعد القضا لو صالح على اكثر منها لا يجوز بالاجماع **قوله**
وهي مقدرة اي القيمة مقدرة من النقود شرعا فصار الزيادة ربا كالصلح في الدية باكثر من الف دينار
او باكثر من عشرة الاف درهم وكما لو قضى القاضي بالقيمة وكما لو وجبت الدراهم بسبب البيع ثم صالحه

بالزيادة ولابي حنيفة ان حقه اي حق المالك في المغصوب باق ولم يزل ملكه عنه ما لم يتقرر حقه في ضمان
القيمة بدليل انه لو اختار ترك التضمين بقي العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه او كان ابقا فعاد
من اباقه كان مملوكا له ولو كان نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته يكون للمالك وانما يملك الكسب
بملك الاصل واذا كان ذلك فالذي وقع عليه الصلح عوضا عن ملكه في العبد والثوب ولا ربا بين العبد
والدراهم كذا في المبسوط او حقه في مثله صورة ومعنى وفي الذخيرة هذا اعتياض عن الثوب والعبد
حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن العبد القائم والثوب القائم وهذا لان ضمان العدوان بالمثل
بالنص فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه
في المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا عند الاحد
يصار الى القيمة ضرورة ان احد المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بتفاوت الاسنان والعموم والاخذ والدافع لا
يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في وجوب المثل الكامل لان الوجوب بايجاب
الله والله تعالى عالم به لذلك فصح ان هذا اعتياض من الثوب او الحيوان فيجوز كيف ما كان وهذا معنى
قول الشيخ فقبله اي قبل القضا اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا اي عن الثوب او العبد فلا يكون
ربا وفي المبسوط وجه آخر ان الواجب على الغاصب ضمان الرد كما قال عليه السلام على اليد ما
اخذت حتى ترد وهو الضمان الاصلي في الغصب وانما يجب عند تعذر رد العين فكان ذلك لاجل
الضرورة فلا يصار اليه الا عند العجز عن رد العين بالقضا بالقيمة فاذا صالحه على مال كان بدل
الصلح عوضا عن الضمان الاصلي وهو رد العين فلا يكون ربا وفي المبسوط والذخيرة والجوامع
وغيرها ان منشا الخلاف ان بدل الصلح في مقابلة عين المغصوب حقيقة اذا كان قائما وحكما تقديرا
فيما اذا كان مستهلكا عند ابي حنيفة وعندهما في مقابلة الدراهم والدنانير اذا كان مستهلكا
فان قيل يلزم على ابي حنيفة انه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة موجلا ينبغي
ان يجوز والحال انه لا يجوز وكذا لو باع المالك المغصوب المستهلك من الغاصب لا يجوز فلو
جعل يملكه العام حكما بعد الاستهلاك ينبغي ان يجوز **قلنا** انما لا يجوز الصلح على الطعام
الموصوف موجلا باعتبار ان العبد او الثوب المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره
يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام لا لان الطعام بدل عن القيمة الا ترى انه لو صالحه على
طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس يجوز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لا يجوز لان
الطعام اذا قوبل بالدراهم يكون مبيعا وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم وفي مسلة
البيع انما لا يجوز بيعه من الغاصب بعد الهلاك لان البيع تمليك مال متقوم بمال وبعد الهلاك ليس
بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه بطريق اسقاط الملك وما ياخذ من العوض بازا اسقاط الملك
وصحة الاسقاط لا تستدعي المالية والتقوم اليه اشار في المبسوط وجامع قاضي خان **قوله**
منصوص عليها قال عليه السلم من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب
شريكه **قوله** بخلاف ما تقدم وهو العبد المستهلك او الثوب لانها اي القيمة غير منصوص
عليها لما ذكرنا فلم تقم فيه دلالة التقدير بها ولهذا يكون مخيرا بين تضمين الغاصب وابرائه والشريك
الساكت يجبر على ازالة ملك نصيبه بالاعتاق او بالضمان او بالسعاية اليه اشار في المبسوط ٥

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما بين صلح المرء نفسه شرع في بيان صلح الغير عنه الاول هو الاصل **قوله** لم يلزم الوكيل ما صالح عليه
وهكذا في شرح الاقطع وفي بعض النسخ ما صالح عنه اي عن الموكل **قوله** والمال لازم

للموكل وفي شرح الاقطع والمال لازم على الموكل **قوله** وتاويل هذه المسئلة وهي ان المال
غير لازم على الوكيل في هذه الصورة وهذا الذي ذكره من التاويل لا يكفي لتاويل المسئله ما لم يقيد
بقيد آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار لا يجب بدل الصلح على الوكيل وان كان الصلح في المعاوضات
لانه ذكر في المبسوط ادعى في دار رجل حقا وانكره فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا
يجب المال على المصالح الا ان يضمنه لان الصلح على الانكار معاوضه باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلا
ق والعفو عن القصاص بمال وذلك جايز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم ولكن ان كان الصلح بامره
فالمال على الامر لان الاجنبي معبر عنه وان كان بغير امره فالصلح موقوف باجازته لان المال لم
يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعا عليه بغير رضاه والمدعي لم يرض بسقوط حقه الا بعوض
يجب له فيتوقف على رضى المدعى عليه وفي شرح الطحاوي والاوضح فرق بين الوكيل بالصلح والخلع اذا
اذا ضمنا البدل وبين الوكيل بما ضمن من البدل بالنكاح اذا ضمن المهر حيث لا يكون له الرجوع اذا اخذ
المهر منه وفي الصلح والخلع يرجع على الموكل لان الصلح والخلع بغير امرهما جايز فيكون الامر لافادة
حق الرجوع اما النكاح بغير امر الزوج لا يجوز فيقتصر الامر على افاده الجواز **قوله**
فهو على اربعه اوجه وجه الانحصار ان الفضولي عند الصلح لا يخلوا اما ان كان قرن بالمال ضمان
نفسه ام لا فان قرن فهو الوجه الاول وان لم يقرن فلا يخلوا اما ان اضاف ذلك المال الى نفسه
ام لا فان اضاف فهو الوجه الثاني وان اضاف فلا يخلوا اما ان يسلم المال المذكور في الحال ام لا
فان سلم فهو الوجه الثالث والا فهو الوجه الرابع **قوله** وفي حقها اي في حق المراه اذ
الاسقاط يتلاشى ويضمحل فاستوى فيه الفضولي والمدعا عليه وصلح ان يكون اصيلا في الضمان
اذا اضاف الضمان الى نفسه كالفضولي في الخلع اي من جانب المراه كان بدل الخلع عليه ويكون
متبرعا على المدعا عليه باسقاط خصومته عنه كما لو تبرع بقضا الدين عنه وعن احمد يجوز
صلح الاجنبي بامره وبغير امره في الانكار والاقرار ويرجع على المدعا عليه اذا ادى بدل الصلح
اذا كان بامره بالاتفاق وبغير امره لم يرجع كما لو ادى دين غيره بغير امره وبه قال الشافعي
اذا كان الصلح في الاقرار فان صلح المنكر لا يجوز عنده و **قوله** ويكون متبرعا بالواو **قوله**
خلاف ما اذا كان بامره اي لا يكون متبرعا ويرجع عليه بما ضمن كما ذكرنا وعند الشافعي واحمد
يرجع ان ادى بامره كما ذكرنا **قوله** ولا يكون لهذا المصالح شي من المدعا اي لا يصير المدعا
به ملكا للمصالح وبه قال الشافعي واحمد وان كان المدعا عليه مقرا وانما ذلك اي الدين الذي
في يده لان تصحيحه اي تصحيح الصلح بطريق الاسقاط والساقط يتلاشى ويضمحل فاي شي يثبت له
بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به فيما اذا كان المدعا عليه
مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعم المدعا عليه انه لا شي عليه فيكون متبرعا
في اسقاط الخصومة عنه وزعم المدعي لم يتعد اليه واما اذا كان مقرا بالدين وبالصلح ينبغي
ان يصح المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شرا الدين من غير المديون لا يصح لان فيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وذا لا يجوز وبه قال الشافعي في الاصح واحمد بخلاف ما لو
كان المدعا به عينا والمدعا عليه مقرا فانه يصير مشتريا لنفسه متى كان بغير امره ذلك لان العين
يصح شراؤه من المالك وان كان في يد غيره ولا خلاف فيه **قوله** فالعقد موقوف وفي
المبسوط هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم بل ينفذ على المصالح وانما التوقف في قوله صالح
فلانا على كذا ولم تضمنها على ما نذكر بعد هذا **قوله** يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى

نفسه بدليل انه يجبر على الادا كما يجبر الاصيل لان الزعيم غارم والوفا بالشرط لازم خصوصا
اذا كان الشرط في عقد لازم **قوله** اذا لم يضفه الى الضمان الى نفسه اي لم يضمنها لم يكن
عليه شي وبقي عاقدا من جهة المطلوب يعني الصلح موقوف على قبول المدعا عليه فان قبل لزمه
المال وان رده بطل الصلح **قوله** قال رحمه الله ووجه آخر الى اخره وفيه وجه آخر غير ما
ذكر في الكتاب قال في الذخيره لو صالح عن المطلوب بغير امره لا يخلو اما ان قال المصالح صالح
فلانا على كذا من عوالك عليه وفي هذا الوجه يتوقف الصلح على اجازة المطلوب ولا ينفذ لا على المصا ح
ولا على المطلوب فان رد المطلوب بطل وان اجاز جاز وكان المطالب بالعوض هو واما ان قال
المصالح صالحني وفي هذا الوجه ينفذ الصلح على المصالح وكذا لو قال صالح فلانا على الف من
مالي او قال صالح فلانا على اني ضامن ففي هذه الاوجه الثلاثه ينفذ الصلح على المصالح ولا
يرجع بالمال على المدعا عليه ولا يصير المدعا به ملكا له اما لو قال صالحتك على الف ولم يزد
على هذا اختلف المشايخ قيل ينظر قوله صالحني وقيل ينظر قوله صالح فلانا هذا اذا صالح بغير
امر المطلوب اما لو صالحه بامره وهو ايضا على وجوه هذا كله فيما اذا كان المدعى عليه منكرا
اما اذا كان مقرا فهو ايضا على وجهين اما ان صالح الاجنبي بغير امره او بامره وتلك الاوجه
المذكوره يجي ههنا ايضا **قوله** فلا سبيل له على المصالح وكذا لو وجده حرا او مدبرا او
مكاتبا لا سبيل له على المصالح ولكن يرجع في دعواه لانه اي المصالح التزم الايفا منه ولم يلتزم
شيا سواه اي سوى ما عين فانه متبرع بالتزام دفع هذا المعين فلو قلنا بالتزام شي اخر كان الزاما
عليه شيا لم يلتزمه وذا لا يجوز على المتبرع ولهذا لو وهب شيا لم يجبر على تسليمه لان التسليم تبرع
اخر وهو لم يلتزمه حيث يرجع عليه اي على المصالح دون المطلوب لانه اي المصالح جعل نفسه اصيلا
في حق الضمان فصار دينا في ذمته حيث ضمنه ولهذا يجبر اي المصالح على التسليم وبالرد بهذه
الاسباب انفسخ القبض لا اصل العقد فيعود الحكم الذي قبل القبض وهو المطالبه بتسليم الجا
بسبب التزامه

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح على
العموم ذكر في هذا الباب حكمه عند دعوى خاص وهو دعوى الدين اذ الخصوص بعد العموم **قوله**
وكل شي وقع عليه الصلح اي كل شي هو بدل الصلح مستحق بعقد المداينه اي اذا كان بدل الصلح من
جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد مداينه جرت بينهما وهي البيع صورته باع ثوبا مثلا
بعشره دراهم وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر اجل ثم تصالحا على خمسة دراهم يجوز وان
افترقا من غير قبض بدل الصلح الذي هو خمسه لان هذا الصلح محمول على انه استوفى بعض حقه واسقط
باقيه الى اخر ما ذكر في الكتاب وانما قيد بعقد المداينه مع ان الحكم في الغصب كذلك حملا لامر المسلم على
الصلاح وهو نظير قوله عليه الصلاه والسلام من نام عن صلاه او نسيها الحديث مع ان الحكم في العمد
كذلك وههنا شي ان يراد قيد اخر في الروايه وهو ان يقال وكل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينه ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضه لانه لو امكن حمله على بيع الصرف
انه مستحق بعقد المداينه يحمل على المعاوضه لا على اسقاط البعض فقد ذكر في الذخيره حسن هذه
المسايل فقال هي على اربعة اوجه ان صالح الف درهم سود حال على الف بخيته الى اجل لا يجوز لما
ذكر في الكتاب والثاني ان صالح الف سود مؤجل على الف بخيته حاله جاز اذا انعقد البخيه في المجلس
لان هذه مصارفه دين وجب قبل عقد الصرف وقد قبض بدله في المجلس والثالث ان صالح عن الف
بخيه حاله على الف سود الى اجل وهو جايز لان هذا ابرا عن الجوده من صاحب الدين والرابع ان صالح

ح البخية الزوية

عن الف بخية موجله على الف سود حالة فانه لا يجوز لانه اعتيا من عن الاجل **قوله** بجري اي يطلب
قوله نسيه لا يجوز شرعا لان ذلك بيع الدين بالدين لان كل ذلك ما ثبت في الذمة وقد نهي عليه السلم
عن بيع الكالي بالكالي فلابد من حمله على التاخير لان التاخير تصرف في حق نفسه لا في حق غيره **قوله**
ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز سوا كان مقرا او جاحدا لانه ان كان مقرا كان صرفا بالنسية وذلك
لا يجوز وكذا ان كان منكرا لان الصلح بنا على زعم المدعي وفي زعمه ان هذا صرف بالنسيه وكذا لو
صالحه على طعام في الذمه موجلا او غير موجل وتفرقا قبل القبض لم يجز لان هذا افتراق عن دين بدين
كذا في الذخيره **قوله** لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينه لانه وجب بالعقد الدراهم لا الدنانير
فلا يمكن حمله على تاخير حقه اذ التاخير تصرف في حق نفسه والدنانير غير حقه **قوله** وهو اي المعجل
غير مستحق بل المستحق الموجل بعقد المداينه والمعجل خير من الموجل فيكون اي يحمل الخمسمايه التي كانت
موجله بازاء اي بمقابلة الخمسمايه المحطوطه وذلك اي يحمل الخمسمايه عوضا عن الاجل وهو حرام
الا ترى الا ترى ان ربا النسا حرام لشبهه مبادلة الاجل بالمال فلان يحرم حقيقته اولى وبه قالت الايمة الثلثة
واكثر العلما **قوله** الف سود المراد من السود الدراهم المضروبه من النقره السودا لان البيض
غير مستحقه بعقد المداينه لان من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على مال لا يستحق بعقد المداينه
فكان معاوضة الالف بخمسمايه وزياده وصف فكان ربا على قدر الدين وهو اي بدل الصلح اجود
من الدين اي حيث يجوز لانه مبادلة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة اي الجوده ساقطة العبره في الا موال
الربويه بالنص الا انه يشترط القبض في المجلس لانه صرف **قوله** ولان معنى الاسقاط فيه
اي في الصلح الزم لانه مبني على الحطيطه والحط هنا اكثر فيكون الاسقاط الزم ولو صالح عن الف
درهم وعشره دنانير على الف درهم وعشره دراهم على ان ينقد خمسمايه والباقي الى اجل ثم نقد
خمسمايه في المجلس صح الصلح عند ابي يوسف لان المنقوض يجعل من الصرف وغيره وعند محمد
لا يصح لان العقد في الدنانير صرف فقد صار التاجيل شرطا في الصرف فافسده **قوله**
ومن له على اخر الف درهم قال في جامع البزدوي والمحبوبي وقاضي خان الف درهم حالة وقال
ابو يوسف لا يعود عليه سواد من الالف غدا او لم يدفع لان الابرا حصل مطلقا فلا يعود بعدم
النقد لانه شرط ضايع اذ النقد واجب عليه اليوم فكان نقد الخمسمايه لا يصلح عوضا عن الابرا لان
النقد واجب عليه اليوم وغدا لان المال حال فلا يصلح النقد عوضا في الصلح واذا لم يصلح عوضا
صار ذكره والعدم بمنزله فكان الابرا حاصلا مطلقا فلا يعود بعدم النقد **قوله** والادا لا يصلح
عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن استفاده قبل ذلك كذا في مبسوط شيخ الاسلام
قوله انه ابرا مقيد بالشرط اي بشرط ان يسلم له خمسمايه في الغد فكانه قال ابراتك عن خمسمايه
بشرط ان يسلم خمسمايه في الغد فصار دخول كلمة على على الابرا كدخولها في الادا كما في قوله طلقني على
الف حملا للكلام العاقل على الفايده فاذا لم يسلم فات رضاه وبدون الرضى لا يسقط الحق **قوله**
وكلمة على ان كانت للمعاوضه وههنا حرج يخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط اذ كلمة
على تجي للشرط بما يعنك على ان لا يشركن بالله شيا فلم يصر الابرا مطلقا بالشك وفي الفوايد الظهيريه
لما ان هذا حط بعض خمسمايه بشرط ان ينقد خمسمايه غدا ونقد خمسمايه في الغد يصلح عوضا عن الحط
لان الطالب ينتفع به لما ذكرنا ان الانسان قد يحتاج الى المال لتجارة اربح او غيره وما قال ابو يوسف
ان النقد واجب عليه لا يصلح عوضا قلنا نعم واجبا قبل الحط في المداينه وبعد الشرط جعل عوضا
معتبرا واجبا مره اخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذ التاسب يعتبر ثابتا مره اخرى اذا

افاد اعتباره كالوظاهر مرارا اصح لما ان اثباته مرارا يفيد شيا وهو وجوب الكفاره فكذا ههنا النقد
وان كان واجبا قبل الصلح بالمداينه ويعتبر واجبا مرة اخرى عوضا ليبطل الحط بفواته **فان قيل**
اعتبار وجوده مره اخرى ليصير عوضا عن الحط موجود فيما لو قال ابراتك عن خمسمايه على ان تعطيني
خمسمايه غدا **قلنا** قال صدر الاسلام في جامعه ينبغي ان يكون الجواب فيه عندهما هكذا ايضا
وفيه اشاره الى ان المنع بحالا فيما اذا ابتدا بالابرا ولين سلم فالفرق انه متى بدا بالابرا عن خمسمايه
لا يصلح ان يكون نقد خمسمايه عوضا مطلقا لكونه يصلح شرطا فوقع الشك في نفسه بخلاف ما اذا
بدا بالادا لان الابرا حصل مقرونا به فمن حيث انه يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا
لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك **قوله** لوجود معنى المقابله فيه اي في الشرط اذ الشرط
يقابل الجزا فجاز ان يكون يستعار كلمة المعاوضه للشرط لوجود معنى المقابله فيه **قوله** او لانه
اي لان مثل هذا الشرط وهو ان يكون تعجيل البعض مقيدا بابرا الباقي متعارف والابرا مما يتقيد الى الجزم
والفرق بين التقييد والتعليق ان في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط صريحا ولهذا لو قال ان اديت او متى او اذا
اديت لم يصح التقييد وفي التعليق يستعمل لفظ الشرط صريحا هذا من حيث اللفظ والفرق من حيث المعنى ان في
تقييد الابرا بالشرط يحصل الابرا في الحال بشرط وجود ما قيد به وفي التعليق لا يحصل في الحال لان المعلق
بالشرط معدوم قبله وكان التقييد بمنزله الاضافة الى وقت وشانه مستقصى في اصول شمس الايمة ثم في
مسلتنا لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فكذا سميناه تقييد الا تعليقا وتقييد الابرا
بمعنى الشرط جايز وتعليق الابرا بالشرط لا يجوز لان في الابرا اسقاط حق شرعي ومعنى التمليك ايضا لانه تعالى
سمى ابرا الدين صدقة في قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم والتصدق عبارة
عن تمليك المال ولهذا يرتد ابرا الدين بالرد كما في التمليكات ثم التمليك لا يصح تعليقه لما فيه من شبهة القمار
فقلنا اذا صرح بلفظ الشرط لا يصح اعتبارا لشبه التمليك واذا لم يصرح فيصح ويصير تقييدا عملا بالشبهين
بقدر الامكان اليه اشار في جامع قاضي خان **قوله** كما في الحواله فانها ابرا مقيد بشرط السلامة
حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل سوا كانت الحواله مقيده او مطلقه **قوله**
وسيخرج الهدايه جواب عما قاسه ابو يوسف والتخريج الذي وعد بمجيه في قوله والثالث اذا قال ادي الي
اخره وقد نقلنا الفرق ايضا بين الابتدا بالابرا وبين عدم الابتدا به من جامع صدر الاسلام **قوله**
وجوابه ان الامر على ما قال اي بالاجماع لوقوع الشك في نفسه اي تقييد الابرا بالشرط ثم عند الشافعي
واحمد اذا ابراه عن بعض حقه او وهبه بعضه على ان يوفي ما بقي لم يجز سوا كان معلقا او مقيدا اما لو
قال وهبتك بعضها فاعطني بقيتها يصح اما لو قال وهبتك بعضه بشرط ان يوفي الباقي لا يصح ولو قال
صالحتك بشرط ان توفيني لم يصح الصلح عند بعض اصحاب الشافعي وبعض اصحاب احمد وعند اكثرهم يجوز
الصلح لان معنى الصلح على ما لم يصح عوضا الاتفاق والرضا وتحصل هذا بغير عوض كذا في المغني لابن قدامه
قوله ففعل اي اخر دينه او حط شيا من دينه جاز عليه ان هذا التصرف وهو التاخير او الحط جاز
على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا بمطالبة ما حط عنه وعند الشافعي واحمد يتمكن لان
الدين الحال لا يتاجل بتاجيل صاحبه لانه اي رب الدين ليس بمكره لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة
او بالتحليف فيشكل الا ترى ان الصلح على الانكار يجوز فلا يتحقق فيه معنى الاكراه لما قلنا فكان هذا
تصرفا في حق نفسه باختيار صحيح فيلزمه موجبه غايته ما في الباب انه مضطر في هذا التصرف لانه
لا يقدر بدونه قلنا تصرف المضطر نافذ كتصرف غيره الا ترى ان من اصابه جوع فباع عينا من اعيان
ماله بطعام لياكله جاز وان كان مضطرا فيه فكذا اذا اخر او حط اليه اشار المرغيناني والمحبوبي ٥

فصل في الدين المشترك

قوله يوحد به اى يوحد المقر بالمال فى الحال بلا خلاف لانه اقر منه بالحق
الدين المشترك لما ذكر حكم الدين المفرد شرع فى المشترك لان الاثنين يتلو الواحد ابدًا
قوله اذا كان الدين بين شريكين الى اخره وضع المسئلة فى الدين لان فى العين المشترك اذا صالح
احدهما عن نصيبه على مال لم يشركه الاخر بلا خلاف بين العلماء سواء كان المدعا عليه منكرا او مقرا لان
لان الصلح بالاقرار معاوضة فيجوز وبالانكار معاوضة فى زعم المدعى وفدا يمين فى زعم المدعى عليه
فلا تثبت للشريك حق الشركة وقيد بالصلح بالثوب ليستقيم خيار القابض فانه لو صالح على
جنس حقه من الدراهم او الدنانير واخذ نصيبه من هذا الجنس فالخيار لشريكه لا للقابض
ذكره فى المبسوط قوله لانه اى الدين ازداد بالقبض لانه صار عينا والعين خير من الدين
قوله ولكنه اى المقبوض باق الى اخره جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو كانت زيادة الدين
بالقبض كالثمر والولد ينبغى ان لا يجوز تصرف القابض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض لانه
غير الدين وقبضه بدلا عن حقه فملكه لانه باشر سبب الملك وهو المعاوضة اذ الصلح على
كالمعاوضة لانه غير جنس حقه فيجوز تصرفه فيه هبة وقضاء دين عن غريمه قوله اذا كان
صفقة واحدة قيد به لانه لو باع احدهما نصيبه بخمسمائة والاخر نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه
صكا واحدا بالف ثم قبض احدهما شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه كما لو اقرضه احدهما خمسمائة والاخر
كذلك وكتبا صكا واحدا بالف ولا بد من قيد اخر وهو ان لا يزاد على هذا ويقول اذا كان صفقة
واحدة ونصيب احدهما اكثر ثم قبض احدهما شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه حتى يستوفى الزيادة وكذا
لو كان نصيب احدهما دراهم بخية ونصيب الاخر سود فقبض السود لم يكن للاخر ان يشاركه ذكره
فى المبسوط وفى التتمة والذخيرة فالحيلة ان لا يشاركه الاخر فيما قبض ان يهب الغريم له
مقدار حصته ويقبض احد الشريكين ثم يبرئ الغريم من حصته وقال ابو بكر يبيع احد الشريكين
من المطلوب كفا من زبيب بمقدار حصته من الدين ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئ الغريم ويطالبه
بثمن الزبيب وما اخذ منه قوله لان مبنى البيع على المماكسة تعليل لقوله صار قابضا حقه
كلا يكون لشريكه ان يرجع عليه بربع الدين بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والاغماض
ولهذا لم يملك بيعه مرابحة وكان المصالح بالصلح ابراه عن بعض حقه وقبض البعض فلو الزمنا
دفع ربع الدين يتضرر به المصالح لانه لم يستوف نصف الدين كملا فلذلك خيرناه قوله
كما ذكرنا اشارة الى قوله الا ان يضمن له شريكه اى الا ان يضمن شريك القابض للساكت ربع الدين
قوله والاستيفاء بالرهن بالمقاصة جواب سؤال وهو ان يقال ينبغى ان يكون الثوب مشتركا
لحصوله بدين مشترك فهاهنا الشريك بدين مشترك بل بدين خاص بطريق المقاصة ولا يقال فى المقاصة
قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز لانا نقول قسمته قبل القبض لا تجوز قصدا اما ضمنا فيجوز وههنا
وقعت فى ضمن الشراء كما وقعت فى المسئلة الاولى فى ضمن صحة الصلح قوله فى جميع ما ذكرنا
وهو الصلح من نصيبه بثوب او استيفاؤه او شرائه سلعة لكن له اى للشريك الساكت فلو سلم
اى الشريك الساكت له اى للقابض ما قبض وهو الثوب الذى هو بدل الصلح او الثوب المشترى
او الدراهم والدنانير ثم توى ما على الغريم بان مات مفلسا كان له ان يرجع على شريكه كما لو مات
المحتال عليه مفلسا كان للمحتال له ان يرجع على المحيل وفى الايضاح الا انه ليس له ان يرجع فى عين
تلك الدراهم وللقابض ان يمسكها ويعطيه مثلها لان حقه سقط عن ذلك العين بالتسليم فاذا
توى حقه كان حقه فى مثله لا فى عينه قوله بدين كان عليه اى على احد الشريكين من قبل

اى قبل الدين المشترك بان اقر احد الشريكين ان للمديون عليه دينا قبل وجوب الدين المشترك
لانه اى القابض قاض اى مؤد دينه بنصيبه لا مقتض اى لا مستوف دينه لان المتاخر اخر الدينين يصير
قضاء عن اولهما قوله لانه اى الابراء اتلاف وليس بقبض فلم يزدد له شيء بالبراءة فلا يرجع عليه
قوله على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر قوله ولا يصح عندهما ما ذكره فى النسخ
من صفة الاختلاف تخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها
حيث ذكر فيها قول محمد مع قول ابى يوسف ثم هذا الاختلاف فى انشاء التاخير اما لو اقر احد الشريكين
ان الدين مؤجل وانكر الاخر صح اقراره فى نصيبه بالاجماع وفى المبسوط وهو حجة ابى يوسف ومحمد
فانهما يقيسان الانشاء على الاقرار قوله لانه اى التاخير يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض
وذا لا يجوز وهذا لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر وصفا وحكما اما وصفا فان احدهما
معجل والاخر مؤجل واما حكما فللساكت ان يطالب بنصيبه لا للاخر والقسمة ليست الا ان
يتميز احدهما عن الاخر وقد صار كذلك اليه اشار فى المبسوط قال فى الاسرار عامة مشايخنا
يحتجون فى المسئلة بقسمة الدين قبل القبض وهذا الكلام ظاهر الاختلال لان ابا يوسف ومحمدًا
يقولان التاجيل لا يوجب القسمة لانه تصرف فى المطالبة فاصل الدين بقى على ما كان مشتركا بغير
صفة الدين وهو المطالبة وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة الا ترى ان احدهما لو
اقر بان نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك فانه كان مضافا اليه والان صار مضافا الى غيره وكذا
لو كان عينا لا يحتمل القسمة فوهب احدهما نصيبه لاجنبى وسلم صح والشركة باقية لكن قال شمس الائمة
السرخسى ان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر وصفا وحكما الى اخر ما ذكرنا ولهذا يتحقق الشركة
قال فى النهاية والقول ما قالت حذام فان قيل لم جعل ابو حنيفة الابراء المطلق قسمة الدين
قبل القبض لانه لا يبقى نصيبه بعد الابراء اصلا والقسمة تكون مع بقاء نصيبهما اما فى التاخير بقى ولان
فى جواز التاخير اضرارا لشريكه واحد الشريكين اذا تصرف فى نصيبه على وجه يلحق الضرر بالاخر لم ينفذ
تصرفه فى حق شريكه كما لو كاتب احدهما نصيبه فى العبد المشترك كان للاخر ان يبطل الكتابة وبيان
الضرر فى التاخير انه يحمل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لان الساكت اذا استوفى نصيبه فهو
يشاركه عند حلول الاجل فى المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون المطالبة فى جميع الدين على شريكه
وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابراء فانه ليس يتضرر به شريكه لانه لا يشاركه فيما قبض بعد ذلك
وانما لا يجوز قسمة الدين قبل القبض لان فى القسمة معنى التمليك لان ما يأخذ احدهما بعضه كان له
وبعضه كان لشريكه فهو يأخذه عما بقي من حقه فى نصيب صاحبه وتمليك الدين لغير من عليه الدين
لا يصح لان فى ذلك نقلا للوصف من محل الى محل اخر والانتقال على الاوصاف محال والدين وصف
شرعى يظهر اثره عند المطالبة اليه اشار فى المبسوط قوله فهو قبض لان الضمان يجب عند
الهلاك مستندا الى سببه فثبت الملك فله ان يضمنه والاستئجار قبض حتى يرجع اليه شريكه عندهم
لحصول القبض بالمقاصة فى المبسوط استاجر بنصيبه دارا من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف
نصيبه وروى ابن سماعة عن محمد هذا اذا استاجر بخمسمائة مطلقا اما لو استاجر بحصته من الدين لا
يرجع الاخر عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلقا فاذا كان بدل نصيبه
المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه قوله وكذا الاحراق وفى بعض النسخ وكذا الاصطياف
ولكن فى المبسوط وغيره الاحراق ولانه عطف عليه قوله والتزوج به اى بنصيبه الاتلاف فيجب ان يكون
المعطوف غير المعطوف عليه قبل المسئلة المختلف فيها ما اذا رمى بالنار على ثوب المديون فاحرقه

قبل القبض مع ان التمييز حاصل قلنا الابراء لاحد النصيبين قسمة الدين لاحد الشريكين نصيبه

لما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فالساكت يتبع المحرق بالاجماع لانه حينئذ يكون الاستهلاك بعد
الغصب وقد ذكر حكم الغصب لمحمد ان بالاحراق صار قابضًا مستلفا لماله مضمون كالغصب فيصير المحرق
مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة وابو يوسف يقول انه متلف نصيبه لا قابضا **قوله** والتزوج
بوای بنصيبه اتلاف في ظاهر الرواية وانما قيد به لانه لو تزوج احدهما المديون على خمسمائة
ونصف خمسمائة ولكن لم يضف النكاح الى الدين فان الساكت يرجع عليه لانه صار مستوفيا بطريق
المقاصة اما لو اضافه الى الدين فالنكاح يتعلق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الابراء وهنا
لا يرجع فكذا هنا كذا في مبسوط شيخ الاسلام وبقوله في ظاهر الرواية يحترز عن رواية بشر عن ابي
يوسف انه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة وجه الظاهر انه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة
فيه اذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى الزيادة فصار كالابراء **قوله** وكذا الصلح عن جناية
العمد اي الصلح عن جناية العمد اتلاف لا قبض لانه لم يملك شيئا بمقابلته يمكن المشاركة فيها فصار اتلافا
لنصيبه فلا يرجع وقيل قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا
قال ولو شج المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يرجع شريكه بشيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح
قوله واذا كان السلم اي المسلم فيه بين الشريكين فصالح من نصيبه اي من نصيبه من المسلم فيه على
ان ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ العقد السلم في نصيبه لم يجز عندهما اي بدون اجازة الشريك
والحاصل ان الصلح يتوقف عندهما على اجازة صاحبه فان اجازه نفذ عليهما كانهما صالحاه وكان ما
قبض بينهما وما بقي من السلم منهما وان رده بطل اصلا وبقي المسلم فيه كله بينهما وعند ابي يوسف
يجوز صلحه اجاز صاحبه او لم يجز وصاحبه بالخيار ان شاء شاركه فيما قبض ثم يتبعان المطلوب فيما
بقي وان شاء اتبع المطلوب بحقه له انه دين فيجوز صلحه كساير الديون ويخير الساكت لانه عاقد
يملك الفسخ في نصيبه كما لو اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه فانه يجوز بدون رضا الاخر
قوله بخلاف العبد والاقالة فيه وهذا جواب عما قال كما لو اشتريا عبدا الى اخره لان ذلك
يتصرف في الحكم في حالة البقا فلم يكن متعديا الى ابطال العقد اذ الحكم في حالة البقا يستغني عن العقد
وهنا التصرف في ابطاله واقع في العقد وهو منعقد بهما فلا يجوز ان ينفرد بالابطال باعتبار تصرفه في
حكمه في حال ثبوته اذ حالة الدين كحالة الوجود الى ان يقبض والحكم يفتقر الى العلة ثبوتا **قوله**
فصار واجبا بالعقد اي موجودا بالعقد دين يثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجودا فكان تصرف
احدهما كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك الشطر الاخر وحاصله انهما اعتبرا
جانب العقد لان به يصير المسلم فيه موجودا بخلاف شرا العين فانه موجود قبل العقد وابو يوسف
جانب الدين فما قاله ابو يوسف ظاهر لان المسلم فيه دين كساير الديون وما قالاه ادق في الفرق كذا في
المبسوط والاسرار **قوله** رجع المصالح على من عليه يعني لو جاز الصلح بغير رضا الاخر لشاركه
الساكت في المقبوض فاذا شاركه كان ما بقي من المسلم فيه مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح
في المسلم فيه وتقرر في راس المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد
بعد بطلان الاقالة والاقالة في باب السلم يحتمل الابطال **قوله** قالوا اي المشايخ هذا اذا
خلطا راس المال وعقدا السلم اما اذا لم يخلطا وعقدا السلم وصالح احدهما على راس المال بغير اجازة
فعلى الوجه الاول وهو انه لو جاز لشاركه الى اخره على الاتفاق اي جاير بلا خلاف وجوابهما كجواب ابي
يوسف لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة هنا
اذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من راس المال والصحيح ان الخلاف في الفصلين ثابت الا ان عدم جواز

الصلح ثم لعلتين وهنا بعلة واحدة كذا في الكافي وذلك لان طعام المسلم وجب بالعقد مشتركا
بينهما والعقد صفقة واحدة فيشارك احدهما صاحبه فيما قبض من الدين المشترك بينهما وفي النهاية
انما وقع الاختلاف بين المتاخرين في ان اختلاف المعتقد بين في صورة الخلط او الاطلاق بسبب وضع
المبسوط فان محمدا ذكر هذه المسئلة في البيوع على الاختلاف مع ذكر الخلط وذكرها في باب الصلح
في السلم مع تصريح عدم الخلط **فصل التخارج** اخره الوقوعه
بعد الحياة فلان الصلح في التركة قليل الوقوع ثم التخارج لغة اخراج كل واحد من الرفقة
نفقته على قدر نفقة صاحبه كذا في الصحاح وشرعا اخراج بعض الورثة عما يستحقه من التركة
بمال يدفع اليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضا غيره وشرطه ان لا يكون التركة
مشغولا بالدين كلها او بعضها وان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس وشرطه عند البعض
ايضا ان يكون اعيان التركة معلومة مانها من اي جنس هي عند الصلح **قوله** امكن تصحيحه
بيعا وانما يعتبر البيع فيه للجواز دون الابراء عما زاد من نصيبه لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة
لا يصح بتعيين البيع **فان قيل** لو كان تصحيحه على وجه البيع لشرط معرفته مقدار حصة
المخرج من التركة وفي هذا الصلح ذلك ليس بشرط بالاتفاق ذكره في التتمة **قلنا** هذا بيع
لا يحتاج فيه الى التسليم وفي مثله لا يحتاج الى معرفته مقداره كما لو اقر انه غصب من فلان او اودع
فلان شيئا ثم المقر اشترى ذلك الشيء من فلان جاز وان كانا لا يعرفان مقداره ذكره في الذخيرة وهذه
هي المسئلة التي ذكرها في اخر الكتاب بقوله لكنها اعيان غير معلومة **قوله** وقيد اثر عثمان
الى اخره روي عن عمرو بن دينار كان لابن عوف اربع نسوة فصالح عثمان احدى نسائه تماضر كان طلقها
في المرض على ثلاثة وثمانين الف دينار ذكره في كتب الحديث وفي المبسوط بعث النبي صلى الله عليه وسلم عبد
الرحمن وتحته سرية مائتي رجل الى قتال بعض المشركين فذهب وهزمهم وغلبهم وكتب الى النبي عليه الصلاة
والسلام وسال ان يزوج ابنة ملكهم تماضر وهي ام سلمة بن عبد الرحمن فتزوجها وطلقها في مرضه الذي
مات فيه فجعل عثمان لها الميراث في ماله ثم صالحها الورثة على ثلاثة وثمانين الفا ولم يروا انها كانت
الف دينار واختلفت الصحابة في ميراثها منه وله اربع نسوة واولاد وحظها من ميراث النساء
ربع الثمن فصالحها على نصف حقها وكان ذلك بمحضر من الصحابة فحل محل الاجماع فهذا دليل ثروة
عبد الرحمن وكان قد قاسم ماله في حياته اربع مرات في كل مرة تصدق بنصفه وامسك نصفه
فيدل ذلك على انه لا باس بجمع المال واكتساب الغنى من الحل فان عبد الرحمن من عليه الصحابة والعشرة
المبشرة ولكن ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال اولى لانه طريق اختاره رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال عليه السلام احيني مسكينا الحديث **قوله** غير ان الذي اي الوارث الذي في يده بقية
التركة ان كان جاحدا اي للتركة في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق **قوله** لا بد من
تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه وفي شرح الطحاوي لو كان الشيء في يده بالوديعة
او العارية فباعه المالك منه فههنا يحتاج الى قبض جديد ولا ينوب القبض الاول عن الثاني فاذا
انتهى الى مكان يتمكن من قبضه يصير قابضا بالتخلية وفي الكافي وتجديد القبض ان يرجع الى موضع
فيه العين ويمضي وقت يتمكن من قبضه والاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر
وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون **قوله**
فلا بد ان يكون اكثر من نصيبه اذ لو كان مساويا او اقل يلزم الربا وان كان لا يعلم يلزم شبهة الربا
لاحتمال الزيادة والمساواة والاقل وفي الذخيرة والتتمة قال ابو الفضل هذا في حالة التصادق

اما في حالة المناكرة بان ادعت امراة ميراثها والورثة جاحدون انها امراة الميت يجوز الصلح
بالاقل والمساوي وكذا ان كان لا يعلم لان حالة المناكرة المعطي يعطي لقطع المنازعة ولفداء اليمين
فلا يمكن فيه الربا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربا **قوله**
احترازا عن الربا لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء عن الاعيان باطل لان الاسقاط
انما يستعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق المعاوضة فيلزم الربا كذا في
مبسوط شيخ الاسلام **قوله** جاز مطلقا اي قل او كثر وجد التقابض في المجلس او لا **قوله**
على ان يخرجوا المصالح بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل عنه اي عن الدين فالصلح باطل اي في
الكل في العين والدين اما في الدين لكونه تمليك من غير من عليه الدين اما في العين لانه لما فسد في
حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا لاتحاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة
ترد نقضا على ابي يوسف ومحمد فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فالا يصح في حصة الزيت و يفسد
في حصة الشعير وههنا افسد الكل وهذا احفظ وفي الكافي قيل هذا عند ابي حنيفة اما عندهما
ينبغي العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار
كبيع الحر والقن بثمن واحد **قوله** ان يبرا الغرماء منه اي من نصيبه من الدين لا رجع عليهم اي
على الغرماء وهم المديون **قوله** في الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول لعدم
تمكنهم من الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد
خير من الدين **قوله** قيل لا يجوز وهو قول المرغيناني لاحتمال الربا لانه يحتمل ان يكون في التركة
مكيل وموزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا وقيل يجوز وهو قول ابي جعفر
الهندواني لانه شبهة الشبهة لانه يحتمل ان يكون في التركة مكيل او موزون ويحتمل ان لا يكون وان كان
فيحتمل ان يكون اكثر من نصيبه ويحتمل ان يكون اقل وكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة
الشبهة وهي ساقطة الاعتبار وفي فتاوى قاضي خان والصحيح ما قاله ابو جعفر **قوله** لكونه
بيعا اي لكون الصلح بيعا لان المصالح عنه عين وبيع المجهول لا يصح وهو قياس مذهب الشافعي **قوله**
والاصح انه يجوز وبه قال احمد لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لانه لا يحتاج الى التسليم وبيع ما لا يعلم البائع
والمشتري مقداره اذا كان لا يحتاج الى التسليم جايز كما ذكرنا من رواية الذخيرة والتتمة **قوله**
في يد البقية من الورثة اذ المسئلة موضوعة فيه حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون مقداره
لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فيفضي الى المنازعة ذكره في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** لا يجوز الصلح
ولا القسمة وكذا البيع وبه قال الشافعي في وجه لان القليل لا يمنع الارث في كل التركات وفيه ضرر بين
بالورثة **قوله** وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وذكر في الذخيرة القياس
والاستحسان من غير نسبة الى الكرخي وهكذا في مبسوط شيخ الاسلام وقيد اذا كان الدين غير مستغرق
فالقياس ان لا تقسم ولكن يوقف الكل وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء وتقسم الباقي بينهم بناء على
ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يمنع ملك الوارث في التركة او لا فالقياس ان يمنع لان ما من جزء الا
وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان لا يمنع حتى لو كان الموروث جارية حل وطيها نفيا للضرر عن الورثة
اذ لا تخلو التركة عن قليل الدين فلو امتنع الارث به لامتنع في كل التركات وفيه ضرر بين واذا ملكوا
التركة كان يجب ان تقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم بقدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض القسمة ولا ياخذ
القاضي كفيلا بشيء من ذلك وفي فتاوى قاضي خان فلو كان على الميت دين فصولحت المراة عن ثمنها لا
يجوز الصلح لان الدين القليل يمنع جواز التصرف في التركة فان طلبوا الجواز فطريق ذلك ان يضمن

الوارث دين الميت من مال آخر ثم يصالحوها عن ثمنها لان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة فتخلو التركة
عن الدين فيجوز الصلح

كتاب المضاربة

وجه مناسبة المضاربة للصلح قد مر ومحاسنها مذكور في المتن والمضاربة لغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو
السير فيها قال تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله عنيا بالضرب السفر للتجارة
وشرعا عقد على الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر والمراد الشركة في الربح ولا مضاربة
بدون الشركة في الربح كما ذكر في المتن وسمى اهل المدينة هذا العقد مقارضة وذلك مروي عن
عثمان مشتقة من القرض وهو القطع فصاحب المال يقطع قدر راس المال عن تصرفه ويجعل التصرف
فيه للعامل بهذا العقد ولهذا سمي كتاب المضاربة عند اصحابنا كتاب القراض الا انا ناخذ لفظ
المضاربة لانه موافق لكتاب الله وسببها تعلق بقاء المقدور كما في ساير المعاملات • وركنها
الالفاظ التي تجب بها المضاربة وهي قوله دفعت اليك المال مضاربة او مقارضة او خذه
واعمل به على ان ما رزق الله بيننا نصفان او على ان لك خمسة او اربعة او عشرة • وشروطها
كثيرة تذكر في اثناء المسائل • وحكمها صيرورة العامل وكيلا بعد تسليم راس المال اليه قبل
ظهور الربح وبعده كونه شريكا كذا في المبسوط والذخيرة والمغرب وفي الاسرار قال اصحابنا
هي تعقد لايجاب الشركة في الربح **قوله** وهي اي المضاربة مشروعة لما تلونا لان الضرب
للتجارة وقد يكون بمال نفسه وقد يكون بمال غيره والافضل فيه فهو عليهما **قوله**
غبي على فعيل اذا كان قليل الفطنة وهو اوى كالسعي الصفر بكسر الصاد الخالي يقال بيت صفر من المتاع
ورجل صفر اليدين **قوله** وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه اي لعقد المضاربة
روي ان ابن عباس ابن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به
بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله
عليه وسلم ذلك فاستحسنه ومست الحاجة الى شرعيته كما ذكر في المتن وانعقد الاجماع ايضا
عليها فان الصحابة تعاملت به من غير نكير عن احد فصار اجماعا **قوله** ثم المدفوع اليه
امانة اي الى المضارب من المال امانة ولا نعلم فيه خلاف وفي شرح الطحاوي فالحيلة ان يصير
المال مضمونا عند المضارب ان يقرض من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه
مضاربة بالنصف او بالثلث ثم يدفع اليه يستعين به في العمل حتى لو هلك في يده هلك كالقرض
واذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشركة • وحيلة اخرى ان يقرض جميع المال من المضارب
الا درهما واحدا ويسلمه اليه ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على ان يكون راس مال المقرض
درهما وراس مال المستقرض جميع ما استقرض على ان يعملا جميعا وشتى على ان الربح بينهما ثم بعد ذلك
يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده فالقرض عليه ولو ربح فالربح بينهما على
الشرط **قوله** لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء **قوله** والوثيقة
احتراز عن الرهن لانه قبضه وثيقة وكيل فيه اي في العمل لانه يتصرف له بامره ولهذا يرجع عليه بما
لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل وعند ظهور الربح شريك له في الربح لانه يحصل بالمال والعمل
فاشتركا فيه ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة **قوله** واذا خالف كان غاصبا وبه قالت
الايمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن علي لا ضمان على من شورك في الربح وبه قال الحسن والزهري
وقلنا هذا تصرف في مال الغير بغير اذنه فيلزمه الضمان كالغاصب بالنصوص **قوله** لو شرطه
كله اي كل الربح لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميع الربح للمضارب كان قرضا وقال مالك يكون

بشرط ان لا رجع في التركة
او يضمن الاجنبي بشرط
براءة الميت او
يؤدوا دين
الميت بمالهم
اخر
م

مضاربة صحيحة في الصورتين لانهما دخلا في القراض فاذا شرط لاحدهما كله وكانه وهب للاخر نصيبه
فلم يمنع صحة العقد وقال الشافعي واحمد اذا قال خذه مضاربة والربح لي او لك يفسد عقد المضا
لانه يقتضي ان يكون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص الربح لاحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد
فيفسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان وقلنا لما اثبت له حكم الابضاع او القرض ينصرف
اليه كما لو قال خذه قرضا او بضاعة او قال خذه واتجر به والربح لي او لك لان اللفظ يصلح لهما
فكذا هذا ولا يفسد بهذه الالفاظ بلا خلاف وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود
الموهوب **قوله** الا بالمال الذي يصح به الشركة وبه قال الشافعي ومالك واحمد وما ذكر
في بعض كتب اصحابنا ان عند مالك يصح المضاربة بالعروض لم نجده في كتبهم بل ذكر فيها لا يصح
بالعروض وقال ابن ابي ليلى يجوز بكل مال فان كان له مثل رد مثله وان لم يكن له مثل رد قيمته
لان العروض مال متقوم يستربح عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود من التجارة كما
يجوز اتفاقا المضاربة على العروض فكذا يجوز ابتداؤها بها وقلنا نهى النبي عليه الصلاة والسلام
عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بها يؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب وربما ترتفع قيمتها
بعد العقد فاذا باعها وحصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف
النقد فانه يشتري بها وانما يقع الشرا بثمن مضمون في ذمته فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن والمكيل
والموزون يتعين في القبض كالعروض واول التصرف بها يكون بيعا وقد يحصل بهذا البيع ربح بان
يبيعه ثم يرخص السعر بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشرا فيكون هذا استيجارا للبيع باجرة مجهولة
وذلك باطل كما في العروض كذا في المبسوط **قوله** وقد تقدم بيانه من قبل اي في باب الشركة
وتقدم الخلاف هنا بتمامه **قوله** واعمل مضاربة في ثمنه جاز وقال الشافعي ومالك واحمد
لا يجوز لجهالته وراس المال اذا كان مجهولا لا يصح العقد والعرض لا يصلح راس المال وقلنا لم
نضف المضاربة الى العرض بل اضافه الى ثمنه وثمنه يصلح راس مال المضاربة وعقد المضاربة
يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل لانه وديعة ووكالة واجارة وشيء من ذلك ليس مما يمنع
صحة الاضافة الى المستقبل ولا جهالة في زمان انعقاد العقد بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي
على زيد واعمل به مضاربة جاز لانه اضاف العقد الى زمان القبض وفي تلك الحالة يصير الدين عينا
فيصلح ان يكون راس المال اما في قوله بالدين الذي عليك لا يصير عينا بل دينا والمضارب امين
ابتدا ولا يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين لان الدين مضمون على المديون **قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله لانه يقبل الاضافة عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل وهو انه لو وكله بشرا شيء بما في
ذمته لا يصح عندنا خلافا لهما لان الدراهم او الدنانير اذا كان عينا لا يتعين بالتعيين في العقد فالدين
اولى واذا لم يتعين بقي الامر بالشرا ثم امره ان ينقد ما عليه فكان جايزا وابو حنيفة يقول لا يتعين في
الشرا ولكنها تتعين في الوكالة فاذا امره بالشرا بها فقد امره بما لا يتصور لان المضاربة تقتضي ان يكون
راس المال فيها مما لا يتعين بالتعيين فلم يصح الامر فوقع الشرا للمامور وقد مر في باب الوكالة في البيوع
قوله وقد مر في البيوع اي نوع الوكالة لا في كتاب البيوع وفي الخبازية على ما مر في البيوع
انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو حرام وعندهما يصح التوكيل كما ذكرنا ومع هذا لا يصح المضاربة
عندهما ايضا لان الشرا وقع للموكل فيكون المضاربة بعد ذلك بالعروض ولا بد منها اي من الشركة
في الربح **قوله** فان شرط القاللتفسير زيادة عشرة اي على ما شرطنا فله اي للعامل اجر مثله
لفساده اي لفساد عقد المضاربة ولا خلاف في فساد العقد لاحد قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ

منه من اهل العلم على فساد المضاربة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماه **قوله** كما بينا في الشركه
وقد بينا تمام خلاف الايمة فيه في الشركة **قوله** في رواية الاصل اي المبسوط وبه قال الشافعي
واحمد في رواية لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف لا يجب
اذا لم يربح وبه قال مالك في رواية وبعض اصحاب احمد اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه
اذا لم يربح لا يستحق شيا مع انها اي الصحيحة فوقها اي فوق الفاسدة في امضا حكمها وفي استحقاق
الربح اذا الفاسد ياخذ حكمه من الصحيح في العقود وقلنا نعم كذلك اذا كان انعقاد الفاسد
مثل انعقاد الجايز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة
تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفا العمل ولو تلف المال في يده فله
اجر مثله فيما عمل كذا في المبسوط وحكي عن مالك لا اجر له في المضاربة الفاسدة ويرجع الى قراض
المثل وعنه يجب اجر المثل والفرق على رواية القراض انه لا يستحق شيا ان لم يكن في المال ربح وفي
اجر المثل يستحق **قوله** غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحة وبه قال الشافعي ومالك واحمد
وفي المبسوط عن ابن سماعة عن محمد انه يضمن المال فقيل ما ذكر في الكتاب قول ابي حنيفة وهو بنا على
اختلافهم في الاجير المشترك لان له اخذ المال بهذا الطريق اذا تلف المال في يده هل يضمن وهذا العقد
اجارة وهو يمر له الاجير المشترك لان له اخذ المال بهذا الطريق من غير واحد ولا ضمان على الاجير
المشترك عنده خلافا لهما وبه قال الطحاوي **قوله** ولانه اي راس المال عين مستاجرة
وفي بعض النسخ عين مستاجر يعني استوجر المضارب ليعمل هو لا غير فلا يضمن كاجير الواحد وهذا التعليل
يشير الى ان المضارب اجير وحد من حيث انه لا يمكنه ان يواجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد قال
ابو جعفر الهندواني غير مضمون عند الكل والفرق لهما بين الاجير المشترك وبين المضارب ان المضاربة متى
فسدت فهي اجارة معنى من حيث ان المضارب ابتغى بعمله عوضا ومضاربة لفظا فعملنا بالمعنى فاوجبنا
له اجر المثل ربح او لا كما لو استاجره وعملنا باللفظ وجعلنا المال امانة في يده فاما الاجارة الفاسدة
اجارة لفظا ومعنى فيكون المال مضمونا عند الاجير المشترك عندهما الا ان يكون الهلاك بامر لا يمكن
التحرز عنه كذا في الذخيرة **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده اي عقد المضاربة ولا
نعلم فيه خلافا وذلك نحو ان شرط المضارب ان يسكن رب المال داره سنة او يزرع ارضه سنة لانه
جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح وكذا لو ورد في الربح
نفسه ايضا نحو ان يقول لك نصفه او ربعه **قوله** وغير ذلك من الشروط الفاسدة اي الشروط
التي لا يوجب الجهالة في الربح لا يفسدها اي المضاربة بل يبطل نفس ذلك الشرط وبه قال مالك والشافعي
واحمد وعن الشافعي واحمد يفسد العقد لانه شرط فاسد فصار كما لو شرط لاحدهما دراهم مسماة
وقلنا لا يفسد بالشرط كالوكالة ولان صحتها تتوقف بالقبض فلا تبطل بالشرط كالهبة ولانه لا يؤثر في
جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة بخلاف شرط يوجب جهالة في الربح لان ذلك
يمنع موجب العقد فلا ينعقد العقد اذ العقد شرع لاثبات موجبه ولهذا لو شرط عمل رب المال
مفسد العقد وان لم يوجب جهالة في الربح لانه شرط يمنع موجب العقد اذ موجبه تسليم المال الى
المضارب وذا يمنعه ذكره في الذخيرة **قوله** كاشتراط الوضيعة اي الخسران على المضارب
وفي الايضاح والذخيرة عليهما وفي التحفة عليه او عليهما **قوله** ولا بد ان يكون المال مسلما
اليه ولا نعلم فيه خلافا **قوله** لم ينعقد الشركة لان الشركة انعقدت على العمل منهما فمتى شرط انتفا
يد رب المال لم ينعقد اصلا كذا في الايضاح **قوله** وشرط العمل على رب المال مفسد لما ذكر



انه شرط يمنع موجب العقد ولا نعلم فيه خلافا وفي الذخيره حكي عن الفقيه محمد بن ابرهيم الضرير
انه لو شرط رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده مع يد اله وان يتصرف المضارب في
جميع المال مع يداله جازت المضاربه وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضارب اذا شرط العمل
جمله لانه حينيذ لا يصير المال مسلما الي المضارب **قوله** او غير عاقد كالصغير صورته ان
الاب او الوصي لو دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لا يجوز لان الصغير اذا كان مالكا كانت
يده على المال بجهة الملك كالكبير فبقاؤها يمنع كونه مسلما اليه **قوله** وشرط عمل صاحبه اي
يفسد العقد لان للشريك فيه ملكا وان لم يكن عاقدا فيمنع صحه الدفع مع قيام يد المالك **قوله**
وان لم يكن من اهل المضاربة فيه اي في المال كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب
فيفسد العقد لان يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فينزل منزله المالك فيما يرجع
الي التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة ولو كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ ذلك المال مضاربه
لم يفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا بانفسهما بجزء
من الربح يصح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل ما لا يجوز ان يكون المرء فيه
مضاربا وحده جاز ان يكون مضاربا فيه مع غيره وهذا لان تصرف الاب او الوصي واقع للصغير
حكما بطريق النيابه فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخلية من قبل الصغير
لانه رب المال وقد تحققت وفي الايضاح لو شرط الماذون عمل مولاه مع المضارب لا دين عليه
يفسد العقد لان المولي مالك للمال فاذا حصل في يده فقد وجد يد المالك فلا تتم المضاربة وان
كان عليه دين يصح المضاربة في قول ابي حنيفة لانه لا حق للمولي فيه فصار كالاجنبي اما لو شرط المكاتب
عمل مولاه لا يفسد لان المولي لا يملك ان ينزع المال من يده اصلا فكان كالاجنبي **قوله** واذا
صحت المضاربة مطلقه اي بان لا يكون مقيده بزمان ولا مكان في الذخيره دفع المال مضاربه
بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربه مطلقه جاز للمضارب ان يعمل ما هو من عاده التجار ان
يبيع ويشتري بثمن المثل وبما يتغابن الناس فيه عند ابي يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد لانه
وكيل وعند ابي حنيفة يجوز باي ثمن كان ولو باع بالنسيئة يجوز عندنا كما يجي في فصل ما يفعله المضارب
وعن ابي يوسف ليس له ان يسافر بغير الاذن وبه قال الشافعي واحمد في روايه لان فيه تعريض المال على
التوي بلا ضرورة **قوله** والظاهر ما ذكر في الكتاب اي ظاهر الروايه وبه قال مالك وهو
ان المضاربه مشتقه من الضرب في الارض الي اخره ولان العادة جارية بالتجاره سفرا وحضرا
فيدخل تحت مطلق المضاربة ولان للمودع يجوز ان يسافر بالوديعة مع عدم تمكنه من التصرف فيه
فالمضارب اولى لقدرته على التصرف فيه **قوله** ولا يضارب الا باذن رب المال وبه قال
الشافعي واحمد ولا نعلم فيه خلافا عن غيرهم **قوله** اعمل برايك فيجوز له ان يضارب حينيذ
عندنا وعند احمد والشافعي لا يجوز في هذه الصورة بغير الاذن ايضا **قوله** لان الشيء لا
يتضمن مثله اي لا يستتبعه لتساويهما في القوة كالوكيل لا يملك ان يوكل غيره وهذا بخلاف المستعير
والمكاتب والمستاجر فانه يجوز للمستعير ان يعير وللمستاجر ان يواجر وللمكاتب ان يكاتب وكذا
العبد الماذون يجوز له ان ياذن عبده في التجارة لان الكلام في التصرف نيابه وهو لا يتصرفون
بحكم المالكيه اذ المستعير والمستاجر ملكا المنفعه والمكاتب صار حرا يدا والعبد الماذون
يتصرف بحكم المالكيه الاصليه اذ الاذن بالتجاره فك الحجر عن التجاره ثم بعد ذلك العبد يتصرف
بحكم المالكيه ولهذا الاذن بالتجاره لا يتخصص عندنا اما المضارب يعمل بطريق النيابة لانه في

المضاربه

المضاربه معنى الوكاله والوديعة والوكيل لا يوكل غيره فكذا المضارب ولان الاذن في التجارة
لما كان يتناوله على التعميم في انواع التجارة يتناول الاذن ايضا لان الاذن من صنيع التجارة فملكه
الماذون اما المضاربة فليست من اقتضاء التعميم مثل الاذن الا ترى انها تخصص بهما ولان المضاربة
وان كانت تتناول المضاربه من حيث انها من صنيع التجار لكن لا يتناولها من حيث ان فيها معنى الامانة
والوكاله والاصل عدم التناول فلا تتناول المضاربه بالشك كذا في الذخيره وغيرها **فان قيل**
المضارب ياذن لعبد من مال المضاربة في التجارة والاذن في التجاره بمنزله الدفع مضاربه **والفرق**
على الظاهر ان الماذون لا يصير شريكا في الربح فيكون الاذن نظير الابضاع لا نظير الدفع مضاربة والشركة
به كذا في المبسوط **قوله** لانه لا يجوز الزيادة عليه اي على القرض فانه لو اقرض عشرة ليعطوني
احد عشر لا يجوز فلما لم يحصل الربح به لا يكون من صنيع التجار فلا يتناوله المضاربة **قوله** تحت هذا
القول وهو قوله اعمل برايك لان الشركه والخلط من صنيع التجار وتدبير الخلط والشركه اصلح له
فيملك بهذا القول وبه قال مالك والثوري واحمد وقال الشافعي ليس له الشركة والخلط ولو فعل
يضمن لان ذلك ليس من التجارة **قوله** لم يجز ان يتجاوزها وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك
اذا شرط ان لا يشتري الا من رجل بعينه او سلعة بعينها او ما لا يعم وجوده لا يصح المضاربه لانه يمنع
مقصود المضاربه وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط ان لا يبيع ولا يشتري الا من فلان وان
لا يبيع الا بمثل ما اشترى به فلان وقلنا انه يملك التصرف بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه وهذا التقييد
مفيد وهذا معنى قوله وفي التخصيص فايده والفايده من وجوه احدها صيانة ماله عن خطر
الطريق فان المال في السفر بعرضيه التلف اليه اشار النبي عليه الصلاة والسلام في قوله المسافر
وماله على قلت اي هلاك الا ما وقاه الله تعالى وثانيها صيانة ماله عن خيانة المضارب فانه لو
عين عليه بلدا لو قصد الخيانة لمنعه عنها وثالثها ان الاسعار بحسب الغلا والرخص يختلف باختلاف
البلدان وكذا النقود يختلف باختلافها فكان الشرط مفيدا كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان واما قولهم
انه يمنع المقصود ممنوع بل يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع وبخلاف قوله في بلد بعينه عن
السوق بعينه فانه لا يتقيد بذلك بالاجماع الا اذا صرح التخصيص بالنهي صريحا بان قال لا تعمل في غير
هذا السوق فحينيذ يتقيد كما يجي **قوله** فاشترى ضمن لم يرد به ابدا اصل الضمان واجب عليه بمجرد
الاخراج لكن اراد به استقرار الضمان على ما ذكر في الكتاب وكان ذلك اي المشتري له اي للمضارب خاصا
لانه تصرف اي الاخراج او الشرا تصرف في ملك غيره بغير امره فيصير غاصبا فلم يبق مضاربا واشترى
بعضه في المصر اي في المصر الذي عينه و**قوله** لما قلنا اشاره الى قوله لبقايه في يده بالعقد السابق
قوله الا اذا صرح بالنهي الى اخره **فان قيل** يشكل على هذا ما ذكره في الذخيره انه قال
بع بالنسيه لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيه لا يتفاوت **قلنا** هذا
مخالفه بالخير فلا يكون مخالفه خلافا لزفر لانه مخالفه بالخير ولان التقييد بالسوق والنهي عن غير السوق
مفيد من وجه من حيث ان السوق ذات اماكن مختلفة حقيقة وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في
محله ليس له ان يحفظها في محله اخرى وقد يكون الاسعار مختلفة باختلاف الاماكن في مصر واحد وغير
مفيد من وجه من حيث ان المصر مع تباين اطرافها كبقعة واحدة كما في السلم اذا شرط الايفا صح وان
لم يبين المحله فلما كان كذلك اعتبر ما ذكر السوق حالة النهي ولا يعتبره حالة الامر بخلاف الامر بالبيع
نسيه والنهي عن البيع بالنقد فانه غير مفيد من كل وجه فلم يعتبر في الحالين كالامر بحفظ الوديعه
والنهي عن الوضع عن يده ليلا ولا نهارا وهذا النهي لغو كذا هذا كذا في الذخيره وجامع المحبوبي **قوله**

او فيه تعلقا دكرنا **قلنا** تدرى ليس فيه نص عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة بدله الخ

ومعنى المخصص اي اللفظ الذي يستفاد منه التخصيص هذه الالفاظ دفعت اليك المال
مضاربة على ان تعمل به بالكوفة او ليعمل به بالكوفة او لتعمل به بالكوفة مجزوما او مرفوعا او قال
فاعمل به بالكوفة او قال دفعته مضاربة بالنصف بالكوفة وقوله تعمل نحو مرفوعا على الحال
ومجزوما على جواب الامر **ثم اعلم** ان مجموع الالفاظ ثمانية ستة تفيد شرطا وهو قوله
دفعته اليك مضاربة بالنصف على ان تعمل بها بالكوفة او لتعمل بها بالكوفة او تعمل بالكوفة بالجزم
او تعمل بالرفع او فاعمل به بالكوفة او دفعته مضاربة بالنصف بالكوفة واثنان مشورة وهو
قوله خذه مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير الواو او قال واعمل بالكوفة بالواو والضابط
ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل
مبنيا عليه كيلا يلغو الكلام كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله
ويجعل مشورة كما في اللفظين الاخيرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة وكان له ان يعمل بالكوفة
وبغيرها فلا يصير ضامنا بالاخراج منها اليه اشار في الذخيرة وجامع المحبوبي وفي المبسوط
في قوله فاعمل به ان قوله فاعمل به تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا اعقبه تفسير
فالحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به في معنى التفسير ايضا لان الفاء للوصل والتعقيب الذي
يتصل بالكلام المبهم ويعقبه يفسره وكذا قوله خذه مضاربة بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق
فكذلك معنى ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل وانما يتحقق الالصاق
اذا عمل بها وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف في الكوفة لان في للظرف والمكان وانما يكون
ظرفا للعمل اذا كان حاصلا فيه فهذا كله اشتراط العمل في الكوفة **قوله** لان الواو للعطف
والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره وقد تكون الواو للابتداء خصوصا بعد الجملة الكاملة و**قوله**
خذه مضاربة بالنصف جملة تامة و**قوله** واعمل به عطف عليه او ابتداء فتكون مشورة اشار
به لا شرطا في الامر الاول ولا يحمل الواو للحال كما في قوله اد الي الفا وانت حر لانه غير صالح
ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ مع ان الواو للحال مجاز وانما
يصار اليه عند تعذر العمل بالحقيقة ولا حاجة ههنا الى حمل الواو على الحال اليه اشار في المبسوط
قوله صح العقد وليس له ان يشتري به من غيره وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك
لا يصح لما ذكرنا انه مناف لمقتضى العقد فلا يصح المضاربة قلنا التقييد مفيد لتفاوت الناس في
القضاء والاقتضاء ولا نسلم انه مناف لمقتضى العقد **قوله** لان فائدة الاول وهو قوله
ان يشتري بها من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة حتى لو اشترى وباع بالكوفة من غير
اهلها جاز ولا يقال في هذا عدول عن ظاهر اللفظ فان ظاهره يقتضي شراءه من كوفي لا من غير
كوفي سواء كان في الكوفة او في غيرها لانا نقول نعلم من حال عقل رب المال ان مراده ذلك
لا مقصوده حفظ ماله وذا انما قلنا لانا نقيد ظاهر اللفظ وذلك لان اهل الكوفة جم
غفير غير محصور وكانوا على آراء مختلفة وطبائع مختلفة لا يتفقون في المعاملة في السهولة بل
منهم من يستقصي ومنهم من يتساهل فعلمنا بهذا ان مراده تقييد التصرف بالكوفة سواء كان
تصرفه مع اهلها او لا اليه اشار في المبسوط وفيه نوع تامل **قوله** وفائدة الثاني وهو
قوله ان يشتري من الصيارفة التقييد اي كان هذا من رب المال تخصيصا بالنوع وهو نوع الصرف
حتى كان له ان يشتري من غير الصيارفة ما بداله من الصرف لانه لما لم يخص المعاملة بشخص
بعينه بل بجنس من يعامل بذلك النوع مع انهم آراء مختلفة علم ان مراده تخصيص نوع الصرف

قوله لانه اي عقد المضاربة توكيل وتوقيت اي يصح توقيته وبه قال احمد في ظاهر
روايته وقال الشافعي ومالك واحمد في رواية لا يصح توقيته لانه يؤدي الى ضرر بالعامل لانه
قد يكون الربح في بيع المتاع بعد الوقت المعين ولانه ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة لانه
قد يكون المال ناضا فيحتاج الى البيع وقال بعض اصحاب الشافعي ان شرط المدة على ان لا يبيع
بعدها لم يصح وان شرط على ان لا يشتري بعدها صح وقلنا في التوقيت فائدة فيصح كالتوقيت بالنوع
ولرب المال منعه من البيع والشراء اذا رضي ان ياخذ براس ماله عرضا فقد شرط ما هو مقتضى
العقد فيصح **قوله** او غيرها اي غير القرابة كالمحلوف بعتقه وبه قال اكثر الفقهاء اذا كان
بغير اذن رب المال وان كان باذنه يصح وتفسخ المضاربة اما الوكيل بالشراء لو اشترى من يعتق على
رب المال يصح ولا يصير مخالفا لانه الطلق الوكالة اطلاقا وفي المضاربة لم يطلق بل قيدها بوصف
وهو الشراء انما يظهر الربح فيه بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على بيعه فقد خالف فلا يقع على المضاربة
ولهذا لو قيد الوكالة بقيد بان قال اشتر لي جارية او عبدا ابيعه فاشترى عليه من يعتق عليه صار
مخالفا كما في المضاربة كذا في شرح الطحاوي و**قوله** بخلاف البيع الفاسد متعلق بقوله شراء ما لا
يملك بالقبض اي لا يدخل في عقد المضاربة ذلك ويدخل البيع الفاسد لان المبيع يملك بالقبض فلا
يكون المضارب مخالفا بالبيع الفاسد وعند الائمة الثلاثة في البيع الفاسد لا يملك بالقبض كالباطل
كما لو اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة او دما او مكاتبا او ام ولد او اشترى ثوبا بميتة او دم لانها لا
يملك بالقبض فلا يدخل تحت الاذن اما لو اشترى ثوبا بخمر او خنزير لا يكون مخالفا عندنا وعندهم
يكون مخالفا **قوله** ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه وضمن الثمن
ان نقده من مال المضاربة وقال مالك ان كان العامل عالما موسرا عتق وكان ولاؤه لرب المال وعلى
العامل غرم ثمنه وان كان العامل عالما معسرا بيع منه بقدر راس المال وان كان غير عالم عتق
على رب المال ولا غرم على العامل ولهذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته فيه ذكره في
الجواهر وقلنا هذا ضمان الاتلاف ويستوي فيه العلم والجهل وفي المبسوط رب المال بالخيار ان شاء
ضمن البائع ويرجع البائع بمثله على المضارب وان شاء ضمن المضارب لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه
قوله متى وجد نفاذا نفذ به لانه اذا لم يجد نفاذا عليه يتوقف كما لو اشترى العبد المحجور والصبي
المحجور شيئا يتوقف شراؤهما على اجازة المولى والولي **قوله** من يعتق عليه اي على المضارب لم يجز
شراؤه وبه قال الشافعي في قول وقال في قول يصح ولا يعتق لانه لا يملك الربح بمجرد الظهور بل يملكه
بالقسمة في وجه وبه قال احمد في وجه ومالك وفي قول يصح ويعتق نصيبه وبه قال مالك واحمد في رواية
وان لم يكن في المال ربح يصح شراؤه باجماع الائمة الاربعة **قوله** فان ازداد ذات قيمته عتق نصيبه
اي نصيب العامل وبه قال الشافعي في وجه ومالك في رواية واحمد في رواية ولا يضمن لرب المال شيئا
وقال الشافعي واحمد في وجه ومالك في رواية يضمن ان كان موسرا وقلنا لا صنع له في تملكه
الزيادة فصار كما لو ورثه مع غيره صورته امراة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج
واخا يعتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا لاخيها **قوله** ويسعى العبد في قيمة نصيبه اي نصيب رب
المال وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية ومالك ان كان المضارب معسرا احتبست ماليته اي
ماليته العبد عنده اي عند العبد **قوله** والمدعي موسر قيد به لنفي الشبهة وهي ان الضمان بسبب
دعوة المضارب ضمان اعتاق في حق المولى وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فينبغي ان يضمن
المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن وفي المغني لابن قدامة ان ظهر الربح في المال يصح

دعوته وتصير الجارية ام ولد له ويعتق الولد بالقيمة وان لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق
لانه علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك وقال مالك يضمن قيمتها يوم الوطي في رواية ان ظهر
ربح قبل العلوق حملا على فراش النكاح وهو الاستيلاد بالنكاح لانه اي ادعا الولد لم يصادف
شرطه وهو الملك وشبهته فيكون الولد رقيقا **قوله** اذا صار عينا كما لو اشترى بمال المضاربة
عبدا او عبدا وقيمة كل واحد يساوي راس المال لا يظهر الربح عندنا وعند زفر يظهر لبعض الجارية
لراس المال وقلنا ليس احدهما باولى من الاخر فلا يتعين واذا كان كذلك لا يكون للمضارب نصيب لا
في الجارية ولا في ولدها حتى لو اعتقها المضارب لا ينفذ عتقه فلم يصح الدعوة ويضمن المضارب
عقر الجارية لا عترافه بوطي جارية مملوكة لرب المال وقد امتنع وجوب الحد لمكان الشبهة وكان العقر
في المضاربة وللمضارب ان يبيعها وولدها جميعا وبه قالت الائمة الثلاثة في رواية **فان قيل**
يشكل على قوله ان مال المضاربة اذا صار اعيانا لا يظهر الربح اذا كان راس المال الف درهم
فاشترى عبدا يساوي الفين كان له الربح وكذا لو اشترى عبدين كل واحد يساوي الفا كان له
ربعها **قلنا** هذا مما يسبب به زفر في اثبات مذهبه وقلنا ان الربح لا يظهر الا بعد تحصيل
راس المال ومن مذهب ابي حنيفة ان العبيد من اشتراه لا يقسمون جملة بل كل واحد يكون بينهما
على حاله واذا اعتبر وحده لم يفضل شيء عن راس المال بخلاف الفرسين لانهما يقسمان جملة
واذا اعتبر جملة ظهر الربح وكذا لو كان العبد واحدا او عدهما العبيد يقسم لانه اجناس مختلفة
حكما الا يرى ان للقاضي الصلاح في الجمع او يتراضوا على ذلك ولم يوجد ذلك في مسئلتنا كذا في الاسرار
قوله فنفذت الدعوة السابقة وثبت النسب منه لان الدعوة كانت صحيحة حملا لامره على
الصلاح بحكم النكاح ولكن لم يعمل لعدم الملك بخلاف ما اذا اعتق المضارب الولد ثم ازدادت
قيمة الولد فانه لا يصح الاعتاق السابق لانه انشا فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده اما هذا
اي ادعا النسب اخبار الى اخره عتق الولد عندهما وفسد الملك في الباقي عنده **قوله** ولا
يضمن لرب المال شيئا موسرا كان او معسرا لان نفوذ العتق لمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه وهو
ظهور الربح فيه فصار كما لو ورث بعضه وقال الشافعي في وجه واحمد في رواية وملك يضمن له
حصته ان كان موسرا لوجود الصنع منه وهو دعوة النسب فيضمن اذا ملكه وقلنا الاعتاق
حصل ههنا بالدعوة وبزيادة القيمة وكان الملك اخرهما وجودا فيضاف الحكم الى الملك اصله
مسئلة السفينة والقدح الاخير ودليله ما روي عن ابي بكر رضي الله عنه ان رجلا اقر بين يديه بالزنا
ثلاثا فقال اياك والرابعة فانها الموجبة وقد ثبت الملك للمضارب ههنا بلا صنعه لحصوله بتغير
السعر ولم يوجد اي التعدي اذ التعدي لا يثبت بغير صنعه **قوله** لان الالف الماخوذ اي
من الاستسعاد راسه فكان هو من جنس حقه كان هو اولى بالاستيفا من الجارية **قوله** بخلاف
ضمان الولد فانه ضمان اعتاق فلا بد فيه من التعدي ولم يوجد ولما صارت الجارية ربحا بعقرها الواجب
على المضارب يصير ربحا ايضا فيكون بينهما **قوله** الى ما مر اشاره الى قوله لان عتقه بالنسب
والملك والملك اخرهما ولا صنع له فيه كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي وقاضي خان • والله اعلم

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة
الاولى ذكر في هذا الباب حكم الثانية اذ الثانية تتلو الاولى والثانية مركبة والمركب يتلو المفرد
ثم المضارب اذا دفع لاخر مضاربة وان لم يملك بغير اذن رب المال وقد مر لم يضمن بمجرد الدفع
وهو ظاهر الرواية وعند زفر ورواية عن ابي يوسف يضمن بمجرد الدفع فيضمن الاول بالدفع والثاني

بالاخذ وصار كالمودع اذا اعار الوديعة من غيره كذا في المبسوط وقلنا لا يصير مخالفا بمجرد الدفع
لان نفس الدفع ايداع وله ولاية الايداع فاذا عمل صار مخالفا عندهما لتقرر كونه مضاربا **قوله**
والحال مراعى قبله اي قبل العمل اي الحال موقوف ان عمل ضمن والا فلا وابو حنيفة يقول يملك الدفع للعمل
فيه لانه يملك الابضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح وهذا اي الضمان عليهما عند الربح او العمل على الاختلاف
اذا كانت المضاربة صحيحة اطلق لفظ المضاربة ولم يذكر ان المراد بها المضاربة الاولى او الثانية او
كل منهما فيتناول الكل قيل ما ذكر في الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربتان جائزتين
اما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الضمان بسبب اشتراك الثاني في الربح ولم يوجد لا
المضارب استاجر الثاني ليعمل في المال وله ذلك ولا ضمان على الثاني لانه اجير فلا ضمان على واحد منهما
ثم كذلك لو كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا انه استاجر الثاني وكذا ان كانت الاولى
فاسدة والثانية جائزة لان الاولى لما كانت فاسدة لا تنعقد الشركة في الربح فكذا الثانية فاسدة فلا تثبت
الشركة في الثانية هذا كله من الذخيرة اما عند زفر والائمة الثلاثة اذا تلف المال في يد الثاني فالمالك
يخير في التضمين لحصول المخالفة بمجرد الدفع سواء عمل او لم يعمل كما في الغاصب مع غاصب الغاصب **قوله**
وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية ان لم يعلم بحال
المضارب الاول وان علم لم يرجع عليه بشيء رواية واحدة وقيد بالعقد اي يرجع اليه بسبب العقد
لانه بالعقد التزم سلامة المعقود عن الضمان فاذا لم يسلم يرجع عليه وفي بعض النسخ بالعهدة اي بالضمان
لما ذكرنا انه التزم له سلامة المقبوض **فان قيل** ينبغي ان يفسد الدفع الى الثاني لانه في ضمن
المضاربة الاولى فيفسد بفساده **قلنا** الدفع امر حسي والاقتضا لا يثبت في الحسي وانما هذا
في امر شرعي لانه اي المضارب الثاني عامل له اي للاول فيه اي في ذلك العمل ولا يقال هذا تناقض
حيث قال انفا ان الثاني عامل لنفسه فيه لانا نقول قال ذلك بحسب اختلاف الجهة لما ان المضاربة
مشتملة على عقود فالثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتدا
مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لاختلاف الجهة **قوله** كما في
المودع اي مودع الغاصب فانه يرجع على الغاصب **قوله** والربح بينهما اي بين المضاربين على ما
شرطا وقال الشافعي واحمد الربح لمالكه ولا شيء للمضارب الاول وللثاني اجر مثله على الروايتين
وفي الحلية بني على القولين في الغاصب اذا اشترى في الذمة ونقد له المال المغصوب وربح فان
قلنا بالقول القديم فالربح لرب المال وان قلنا بالجديد فالربح للعامل الاول وللثاني اجر مثله
قاله المزني وقيل للثاني وقال ملك ان اتفق الجزآن فالربح بين رب المال والعامل الثاني ولا شيء للاول
وان اختلفا وكان الاول اكثر فالزايد للمالك وان كان اقل فلرب المال شرطه ويرجع العامل الثاني
على العامل الاول وقيل للعامل حصته كاملة ويرجع المالك على الاول بباقي حصته وقلنا ان
الضمان استقر على الاول فثبت الملك له فكانه ضمنه ابتدا بخلاف ما اذا ارتهن من اخر عبدا فابق
من يد المرتهن ثم استحق العبد فان ضمن الراهن صح الرهن كما صحت المضاربة هنا وسقط دين
المرتهن وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن على الراهن وبالدين ايضا ولا يصح الرهن مع ان قرار الضمان
على الراهن وههنا صحت المضاربة مع اقرار الضمان على الاول ذكره في المسئلة في المغني والفرق
ان استرداد القيمة كاسترداد العين فينقض قبض المرتهن باسترداد المستحق القيمة وبدون
قبضه لا يكون مرهونا وههنا ايضا استرداد المثل كاسترداد العين ولكن لا يعدم به ابتدا اليد
للمضارب على المال واستدامته ليست بشرط لحكم المضاربة حتى لو رد المضارب على رب المال

واستعان به على العمل كان الربح بينهما على الشرط ولو رد المرتهن الرهن على الراهن بعارية وغيرها
خرج من ضمان الرهن كذا في المبسوط **قوله** لا يعرى عن نوع خبث اذ الملك الحاصل باداء الضمان
مستند ثابت من وجه دون وجه **قوله** هو بيننا نصفان وفي المبسوط وكذا لو قال ما كان في ذلك
من رزق فهو بيننا نصفان او قال خذه مضاربة بالنصف فالحكم واحد فينصرف تصرفه اي تصرف المضارب
الاول الى نصيبه وان لم يكن على قدر نصيبه كاحد الشريكين في العبد اذا باع لمثله وطيب لهما
اي للمضارب والثاني في المغني لابن قدامة ولو ضارب المضارب الاول وكيلا لرب المال في ذلك
فاذا دفعه الى اخر ولم يشترط لنفسه شيا من الربح كان صحيحا وان شرط لم يصح الثاني له لانه
ليس من جهته مال ولا عمل والربح انما يستحق بواحد منهما وقلنا فعل الثاني واقع كمن استاجر رجلا
على خياطة ثوب بدرهم واستاجر الخياط اخر بنصف درهم **قوله** على ان ما رزقك الله الى اخره
وكذا الحكم لو قال ما ربحت في هذا من شي او قال على ان ما كان لك من فضل الربح او قال على ان
ما كسبت فيه من كسب او قال على ان ما رزقت فيه من شي او قال على ان ما صار لك فيه من
ربح فهو بيننا نصفان او قال اعمل فيه برايك ففي جميع هذه الصور للمضارب الثاني ما شرط
والباقي بين المضارب الاول ورب المال بهذه الالفاظ ما شرط لنفسه نصف جميع بل شرط نصف
ما حصل الاول من الربح لانه اضاف اليه بحرف الخطاب وهو الكاف والتاء بخلاف الاول حيث
شرط لنفسه نصف ربح جميع المال كذا في المبسوط **قوله** لانه اي رب المال جعل لنفسه
نصف مطلق الفضل ولا يسلم له النصف المطلق الا ان يصرف وشرط المضارب الاول النصف
الثاني الى نصيبه خاصة فانصرف اليه فاذا انصرف الى نصيبه خرج من البين بخلاف الفصل الاول حيث
شرط رب المال لنفسه نصف ربح منسوب الى المضارب الاول حيث قال ربحت او ما رزقك الله اليه
اشار في الذخيرة **قوله** وهو اي الغرور في ضمن العقد سبب الرجوع قيد الغرور في ضمن العقد
لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لاخر هذا الطريق امن وهو ليس بامن
فذهب فيه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه **فصل** هذه المسألة
تجانس الاولى من حيث اشتراط المضارب في الربح وتخالفها من حيث ادخال عبد رب المال في
استحقاق الربح فضمها بفصل **قوله** وثلث الربح لعبد رب المال فالعبد بعد رب المال لا
للشرط فان كان عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا تقبل شهادة المضارب او شهادة
رب المال وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقيل
قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض اصحاب الشافعي وبعض اصحاب احمد وفي غيره لا خلاف وعند
اكثر اصحاب الشافعي وظاهر قول احمد ومالك يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا وعند قول
البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال وقلنا اشتراط العمل
عليه لا يمنع من التسليم والتخلية لان يده معتبرة بخلاف اشتراط على رب المال فانه مانع من التسليم
والتخلية كما ذكر في المتن ولان عمل الغلام كمال سيده فصح ضمه اليه كما صح ان يضم بهيمة يحمل عليها
قوله فهو جائز سواء كان على العبد دين او لم يكن لما ذكرنا ان عبد رب المال في حق المضارب
كعبد الاجنبي **قوله** ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون اي اذا كان مأذونا وعليه دين
يجيء في المأذون ان شاء الله تعالى **فصل في العزل والقسمة**
لما ذكر حكم المضاربة شرع في بيان ما يبطله ٭ تبطل المضاربة بموت رب المال او المضارب ولا نعلم
فيه خلاف **قوله** ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد

جاز جميع ما فعل المضارب من البيع والشراء فكان عقد المضاربة على ما كان بخلاف الوكالة
حيث يعود الموكل مسلما لا تعود الوكالة لخروج محل التصرف عن ملكه وفي المضاربة لا تبطل
لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط لانه اي المضارب تصرف له اي لرب المال فصار
كتصرفه بنفسه مرتدا فكان موقوفا عند ابي حنيفة لان تصرف نائبه كتصرفه **قوله** فالمضاربة على
حالها اي بالاتفاق لان عند ابي حنيفة انما توقف تصرفاته لمكان التوقف في املاكه ولا ملك للمضارب
ههنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة والعهدة في
جميع ما باع واشترى على رب المال في قول ابي حنيفة فصار كالصبي المحجور عليه اذا توكل بالشراء للغير
وبالبيع لم تلزمه العهدة على ذلك الغير وذلك لانه لو لزمه العهدة عليه لكان قضى ذلك من ماله ولا تصرف
له في ماله فصار كالصبي المحجور وعندهما تصرفه بعد الردة كتصرفه قبل الردة فالعهدة عليه ويرجع
بذلك على رب المال كذا في المبسوط والايضاح **قوله** وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه ولا نعلم
فيه خلافا لان العزل نهي والاحكام المتعلقة لا يؤثر فيه النهي الا بعد العلم دليله اوامر الشرع ونواهيه
قوله فله ان يبيعها اي العروض ثم لا يمنعه عزل رب المال عن بيعها عند اكثر اهل العلم وعندنا
يجوز بيعها نقدا ونسيئة كما قبل العزل وعند من نهاه عن البيع نسيئة قبل العزل نهاه عنه بعد العزل
ايضا ولهذا لا ينهاه بعد العزل عن المسافرة الا نعم الموقوف بالنهي صحيح وهو قول من نهاه عن
المسافرة قبل العزل **قوله** وانما ينض اي ينقد بالبيع في المغرب نضيض الماء خروجه عن الحجر ونحوه
وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك اي ما تيسر وحصل وفي الحديث
يقتسمان ما نض بينهما من العين اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم
والدنانير **قوله** له ان يبيعها بجنس راس المال قيد به لانه ليس له ان يشتري بالعروض وهذا
استحسان وفي القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان راس المال قد نض
وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال ولا يمكن الا ان يبيع ما في
يده بجنس راس المال فصار كالعروض وبه قال موسى وفي الذخيرة الشافعي واحمد **قوله** وعلى
هذا موت رب المال يعني يبيع العروض ونض راس المال وفي الذخيرة كل جواب عرفته في الفصول
كلها فهو الجواب في الموت ولحوقه مرتدا فقد سوى بين العزل القصدي والحكمي في حق المضارب لان
القصدي انما لا يصح لما فيه من ابطال حق مستحق للمضارب وذلك لا يتفاوت بين القصدي والحكمي
قوله ونحوها اي نحو العروض بان كان راس المال دراهم وفي يده دنانير او على العكس
قوله لان الربح كالاجرة له وقد سلم له بدل عمله وهو الربح فيجبر على اتمام عمله ومن اتمام
العمل استيفاء ما وجب من الديون على الناس ولا يعلم فيه خلاف وان لم يكن في المال ربح لم يلزمه الا
وقال الشافعي ومالك واحمد لزمه الاقتضاء لانه بعقد المضاربة التزم رد راس المال على صفته والديون
لا تجري مجرى الناض فلزمه ان ينضه كما لو ظهر ربح وقلنا اذا لم يظهر الربح فانه وكيل محض والوكيل
متبرع والمتبرع لا يجبر على اتمام ما تبرع به وانما الواجب عليه رفع يده عن ذلك المال لا التسليم
كالمودع فاذا احال فقد رفع يده فلا يلزمه اكثر منه لانه وكيل محض قبل ظهور الربح كذا في شرح الاقطع
وايضا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين رحمه الله **قوله** وعلى هذا سائر الوكالات
فان الوكيل بالبيع لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع واما
الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فانه يجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضي
والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فهو كالمضارب وفي المبسوط السمسار من يعمل للغير بالاجر بيعا او شرا

روى قيس بن عروة وقال كنا نبتاع الاوساق بالمدينة ونسمي انفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى
الله عليه وسلم فسمانا باسم احسن من اسمنا وقال يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه
بالصدقة ولو دفع دراهم الى سمسار وقال اشتر لي بها رطبا باجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استئجار
بعمل مجهول وكذا الوصي لها عدد الثياب او استاجر ليبيع طعاما او شراءه ثم الحيلة في جوازه ان يستاجره
يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له او يشتري له لان العقد يتناول منافعه وهي معلومة ببيان المدة ولو
لم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر فيكون ذلك عوضا عن
هبة المنافع فيكون سببه وما كان لعوض في هبة الاعيان ويكون جزاء الاحسان احسانا قوله وما
هلك من المضاربة الى قوله مراده الربح ولا يعلم فيه خلاف وفي المبسوط الربح لا يتبين قبل وصول راس
المال الى رب المال قال عليه الصلاة والسلام مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله
فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزايمه او قال فرائضه لانه اي راس المال هو الاصل والربح
تبع له لتصور راس المال بدون الربح وعدم تصور الربح بدون راس المال والهلاك ينصرف الى التبع كما
ينصرف الهلاك في مال الزكوة الى العفو دون النصاب لان العفو تبع قوله لما بينا اشارة الى قوله
انه امين فهلاك المال في الثاني اي في العقد الثاني لا يوجب انتقاض الاول اي الاقسام الاول وفي الكافي
اقتسما الربح واخذ رب المال راس ماله ثم زاد رب المال سدس الربح لمضاربه
يجوز عند ابي حنيفة كالمضارب اذا زاد لرب المال وعند محمد لا يجوز لان العقد لم يبق فلا تصح الزيادة
كما لو زاد في الثمن بعد هلاك المبيع وزاد في الاجرة بعد تمام العمل قلنا العقد انتهى والمنتهي
متقرر في نفسه **فصل فيما يفعله المضارب** ذكر في هذا الفصل ما
لم يذكره في اول المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على مقصود به افعال المضارب بالاعادة
قوله بالنقد والنسيئة وبه قال احمد في رواية وقال الشافعي ومالك واحمد في رواية وابن
ابي ليلى لا يجوز بغير الاذن لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه يكون ضد
ما هو مقصود رب المال فصار بمنزلة دفعه مضاربة حيث لا يجوز بغير الاذن وقلنا البيع بالنسيئة
من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فان الربح في الغالب يحصل في
البيع بالنسيئة اكثر من البيع بالنقد والدليل على ان البيع بالنسيئة تجارة قوله تعالى تجارة حاضرة تديرونها
الاية هذا بين ان التجارة قد تكون غايبة وليس ذلك الا البيع بالنسيئة كذا في المبسوط قوله
وليس له ان يشتري سفينة للركوب هذا في المضارب الخاص بنوع كالطعام مثلا اما اذا لم يخص المضاربة
بنوع بل دفع المال ولم يسم ما يشتري به فاشترى سفينة او دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز لانه
يملك التجارة في المدفوع مطلقا وجميع ما اشترى من عقود التجارة اما لو دفعه مضاربة في الطعام خاصة
ليس له ان يشتري لنفسه دابة اذا خرج الى الطعام اما لو اشترى حمولة للطعام جاز لانه لا بد منه اما لو
اشترى سفينة يحمل عليها الطعام لا يجوز على رب المال لان شرا السفينة لا يعد من توابع التجارة في الطعام
قوله في الرواية المشهورة وروى ابن رستم عن محمد لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع
مضاربة والفرق ان المضارب شريك في الربح والماذون لا يصير شريكا فيه قوله فالمضارب
اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريك في الربح او بعرضة ان يصير شريكا فكان اصيلا من وجه
الا ان المضارب لا يضمن والوكيل يضمن اذا اخر لان له اي للمضارب ان يقايل البيع لانه اي الوكيل لا
يملك ذلك وهو الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها فيضمن الوكيل بتاجيل الثمن عندهما وعند ابي
يوسف الوكيل لا يملك تاجيل الثمن وتاخيره ويملك المضارب فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله

قوله احتال بالثمن اي لو قبض المضارب الحوالة على رجل ايسر او اعسر من المشتري جاز لانه لو تقايل
البيع مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة والثمن عليه وبه فارق الوكيل
حيث لا يجوز له ذلك كذا في المبسوط قوله وتوابعها اي توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع والشرا
والرهن والارتهان والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة و قوله وهو ما
ذكرنا اشارة الى قوله ان يبيع بالنقد والنسيئة قوله وهو ان يشتري الضمير للاستدانة
الا انه ذكر المبتدا لتذكير الخبر وهو قوله ان يشتري قوله وما اشبه ذلك بان كان راس
المال الف درهم فليس له ان يشتري بمكيل او موزون لانه اشترى بغير راس المال فكان هذا استدانة
فلا ينفذ على المضاربة ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كجنس
الواحد في الثمنية لانه يصير المال زايدا الى قوله ولا شغل ذمته بالدين يعني ان رب المال لا يرضى بزيادة
مال المضاربة وان كان فيها نفع لمقابلة ضرر فوقها وهو شغل الذمة بالدين وفي الفوايد الظهيرية
الاستدانة تصرف على غير راس المضاربة والتوكيل معه براس المال وعند التنصيص عليها يصير
التصرف بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة لانه ليس لواحد منهما راس المال فيكون المشترى بينهما
نصفين والدين عليهما نصفين ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير
موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما شرطا وقد مر تفسير السفاتج في آخر الحوالة
قوله وان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال الى آخره وكذا الحكم لو دفع كله ذكره في الذخيرة
والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب المال لو اخذه من منزل المضارب من غير امره وباع واشترى
ان كان راس المال ناضا فهو نقض للمضاربة وان صار عرضا لا يصير نقضا لانه يمكن ان يجعل معينا لانه
يكون عاملا لغيره ولو كان راس المال ناضا يكون عاملا لنفسه فتنتقض المضاربة اقتضاء فيعتبر هذا
بالنقض صريحا فان رب المال لو نقض المضاربة صريحا والمال ناض ينتقض في الحال ولو كان عرضا
لا ينتقض فكذا ههنا كذا في الذخيرة قوله فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا
يصلح وكيلا لغيره قوله والابضاع توكيل منه اي من المضارب في التصرف فان قيل
في الابضاع يكون المال للمبضع والعمل من الآخر بغير شي وههنا لا مال لرب المال فكيف يتحقق
الابضاع قلنا المراد من الابضاع هو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال يصلح معينا لانه
اشفق الناس اليه تصرفا فيصح الاستعانة به كما يصح من الاجنبي فان قيل الاجنبي عامل في
ملك الغير فصلح معينا ورب المال يتصرف في ملك نفسه فلا يصلح معينا ولهذا لو استاجر خياطا
واستعان الاجير بالمستاجر في الخياطة لا يستحق المستاجر الاجر لان عمله لا يتحول الى المستاجر فمعنى ان
لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا في المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا ومعنى
الشركة راجح بل المقصود هو الشركة ولهذا لو عمل ولم يربح لا يعطى له بشي وفي الشركة يستحق
احد الشريكين الربح بعمل صاحبه واذا كان كذلك صلح رب المال معينا اما في الاجارة يستحق الاجر
بالعمل وعمل الاجير لا يتحول اليه كذا قيل قوله فلا يبطل به اي بدفع المال الى رب المال
في المضاربة الثانية المضاربة الاولى عندنا ويكون الربح بينهما على ما شرطا في المضاربة الاولى وقال زفر
تفسخ المضاربة الاولى كما لو دفعه اعانة وقلنا لما لم يصح المضاربة الثانية بقي المال في يد رب المال
وعمل فيه باذن المضارب فيكون معينا في العمل ولكن للمضارب ان يعيد الى نفسه لحصول المال في يده وبقا
المضاربة كالرهن في يد الراهن بالعارية لا يسقط حق المرتهن كذا في شروح الجامع الصغير قوله
وركوبه بفتح الرا ما يركب عليه في المال اي بالمعروف وبه قال مالك وابو ثور والحسن والنخعي

والاوزاعي واسحق وقال الشافعي واحمد نفقته في مال نفسه في صوره يجوزله السفر اي بالاذن
وبه قال ابن سيرين وحماد بن ابي سليمان لانه يستحق على عمله جزءا من الربح فكانت نفقته عليه كنفقة
الحضر كالاجير اما لو شرط له النفقه فله ذلك ولنا ان النفقه انما تجب بالاحتباس كالمراة يستوجب
النفقه باحتباسها في منزل الزوج والقاضي يستوجب في مال بيت المال لكونه محبوسا لمصالح المسلمين
فكذا المضارب اذا سافر صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقه في مالها وفي المصر ساكن
بالسكنى الاصلي بخلاف الاجير لانه يعمل ببدل فكان البدل واجبا له لا محاله فلا يتضرر بالانفاق من
مال نفسه اما المضارب فيستحق الربح والربح قد يحصل وقد لا يحصل فلو اوجبنا النفقه يتضرر بالانفاق
من مال نفسه بخلاف المضاربة الفاسدة اذا سافر لانه اجير فلا يستحق النفقه **قوله**
لانتها الاستحقاق فعليه رد ما بقي كالحاج عن الغير اذا بقي معه شي من النفقه بعد رجوعه كالمولى اذا نقل
الامه المبوّاه للخدمة وبقي معها شي من النفقه كان للزوج ان يسترد ذلك منها كذا في المبسوط وهو ما
ذكر من الطعام والشراب والكسوة **قوله** ومن ذلك غسل ثيابه الى اخره وفي الفوايد الظهيريه
وما يحتاج اليه في غسل ثيابه واجرة الحمام والحلاق مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقه مما
لا بد في كل وقت فينبغي ان لا يكون واجبا كاجرة الحجام والفصاد قلنا انما اوجبناه في مال
المضاربة لان من صنيع التجار انهم يحلقون رؤوسهم ويقصون شواربهم وينظفون ثيابهم ليزداد
رغبات الناس في مبايعتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب يعدّ من المفاليس
فيقل معاملوه فصار اجره الحمام والحلاق من جمله النفقه بهذا الاعتبار وكذا ثمن الحرض والصابون
قوله وعن ابي جعفر وهو روايه الحسن عنه انه اي من الدوا يدخل **قوله** ما انفق
اي الذي انفقه في السفر يرفعه رب المال اولا ثم يقسم الربح ان بقي لان قسمة الربح شرعت بعد تسليم
راس المال وما انفق يجعل كالتاوي من راس المال والهالك مصروف على الربح **قوله** فان باع
اي المضارب المتاع مرابحه بعد ما انفق عليه من اجر الحملان والحملان مصدر بمعنى الحمل ذكره في
المغرب ونحوه كاجره السمسار والقصار والصباغ لكن لا يقول اشتريته بكذا بل يقوم قام علي بكذا
كما مر في المرابحة **قوله** صبغها احمر فهو شريك بما زاد الحمرة لان السواد نقصان عند ابي حنيفة فاما
ساير الالوان كالحمره ذكره فخر الاسلام القصاره بفتح القاف مصدر من قصر الثوب وبكسر القاف حرفه
القصار لانه الحمل والقصاره ليس بمال قايم بل يزيل الدرن ولا يزيد فيه شيا فلا يكون شريكا بها لان
شركه الاملاك انما يكون بالمال **قوله** ضاع يعني لو قصره الغاصب حتى ازداد قيمته
للمالك ان ياخذه مجانا **قوله** انتظمه قوله اعمل برايك فيكون الشركه والخلط باذن رب المال
فلم يضمن بالصبغ وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي يضمن وان قال له اعمل برايك وقد مر اما اذا
لم يقل له اعمل برايك لرب المال ان يضمنه لانه يصير غاصبا **فصل اخر**
مسايل هذا الفصل متفرقه ذكرها بفصل على حده **قوله** واشترى بها بزا قال محمد في السير الكبير
البز عند اهل الكوفه ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز حتى ضاعا اي الالفان يغرم رب المال
قوله لما نض المال اي نضّ ظهر الربح بعد الالف يملك المضارب نصفه وهو خمسمايه **قوله**
و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله ان الثمن كله على المضارب الى اخره لانه اي الربع صار مضمونا على
المضارب ومال المضاربة امانة ولا يجتمعان **ثم اعلم** ان هلاك راس المال قبل التصرف يوجب
بطلان المضاربة ولا يعلم فيه خلاف لان محل العقد يتعين فاذا هلك المحل بطل العقد والقول للمضارب
في هلاكه مع يمينه اذا لم يعلم ذلك كالمودع ولو استهلكه المضارب او انفقه او اعطاه رجلا

فاستهلكه

فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيا لانه صار مضمونا عليه بالتعدي والمضارب امين فلو اخذه
من الذي استهلكه كان له ان يشتري على المضاربة في روايه الحسن عن ابي حنيفه لانه اخذ العوض
فصار بمنزلة الثمن وروى محمد ان المضارب لو اقرضه ثم رجعت الدراهم بعينها اليه رجعت على
المضاربه لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر وحكم المضاربه لا يجتمع
مع الضمان كذا في الذخيره لانه ليس فيه ما ينافي الضمان اذ ضمان رب المال الثمن لا ينافي المضاربه
وصار راس المال الفين وخمسمايه وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعضهم وملك واحمد راس
المال ما دفعه ثانيا وهو الف وخمسمايه وفي الحليه اشترى عبدا في الذمه للمضاربة وتلفت الالف
قبل ان يسعدها انفسخ القراض وفي الثمن وجهان احدهما انه على رب المال والثاني انه على العامل
وبعض اصحابنا قال انما اراد الشافعي بذلك اذا كانت الالف قد تلفت قبل الشرا فاما لو تلفت بعد
الشرا فالسلعه لرب المال وعليه ثمنها واختلف هولا في راس مال القراض قيل الالف الاولى
والثانيه يكونان راس المال وقيل الثانيه راس المال خاصة وعن مالك رب المال بالخيارين
ان يدفع الفا اخرى وهي راس المال دون الاولى وان لم يدفع تكون السلعه للعامل وقال بعض اصحابه
يجبر رب المال الثمن ويصير راس المال الثانيه دون الاولى لان الالف تلف قبل التصرف فيه
فلم يكن من راس المال كما لو تلف قبل الشرى وجه قول الشافعي ان القراض ينفسخ بهلاك محله **قوله**
وبظهر اي جميع ما ذكر قبله **قوله** فيه شبهة الفدا اي شبهه عدم جواز البيع فصار كانه لم
يبع رب المال من المضارب شيا ولهذا لم يصح هذا البيع عند زفر **قوله** وقد مر في البيوع
اي في باب المرابحة في قوله واذا كان مع المضارب عشره دراهم الى اخره **قوله** قيمته الفان
قيد بالفين لان قيمته لو كان الفا فحد جنايته على رب المال بلا خلاف لان رقبته ملكه وان اختار رب
المال الدفع والمضارب الفدا فله ذلك خلافا للايمه الثلاثه لانه يستبقي بالفدا مال المضاربه
وله ذلك لان الربح يتوهم ذكره في الايضاح وفي جامع المحبوبي لا يدفع الى الجنايه حتى يحضر رب المال
والعامل سوا كان قيمته مثل راس المال او اقل او اكثر لان الملك مشترك بينهما وكذا ان كانت قيمته مثل
راس المال لما ان العامل صاحب الحق فصار كعبد الرهن جنى جنايه خطا لا يدفع الا بحضرة الراهن والمرتهن
والحاصل ان حضورهما يشترط للفدا فان كل واحد يملك الفدا اما لو فداه العامل لا يرجع على رب
المال لانه ادى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه فكان متبرعا كالاجنبي وقال ملك والشافعي
في قول احمد في روايه ان كانت قيمته اكثر من راس المال فرب المال يدفعه بلا حضور العامل
لانه لا ملك للعامل بعد ظهور الربح حتى يقتسما في قول والفدا ايضا على رب المال لا العامل لعدم
ملكه وقال الشافعي في قول واحمد في روايه يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا فيكون الفدا
عليه على قياس هذا القول و**قوله** فلما بيناه اشارة الى ما ذكر في المسئلة المتقدمه بقوله
ويخرج نصيب المضارب الربع وذكر المحبوبي وقاضي خان ولا يكون الدفع والفدا الى المضارب خاصه
لا الدفع والفدا ليس من احكام المضاربة لان المقصود من المضاربة الاسترباح وليس باسترباح فيهما فلهذا
كان ذلك اليهما فان شاا دفعاه وان شاا فدياه وايهما فعل بطل عقد المضاربة اما الدفع فظاهر لان مال
المضاربة صار هالكا واما الفدا فلان العبد بالجناية كالزايل ودفع الفدا كالشرا **قوله** بخلاف
ما تقدم اشارة الى قوله ضاعا اي الالفان في المسئلة المتقدمه حيث لا ينتهي المضاربه وفي الفوايد الظهيريه
فرق هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة وههنا يخرج والفرق ان الواجب فيما
تقدم ضمان تجاره وضمان التجارة لا ينافي المضاربة وههنا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان

تجاره وضمان التجاره لاينافي المضاربة وههنا ضمان جنايه وهو ليس من التجارة في شي فلا يبقى على
المضاربة وراس المال جميع ما ادى ثم قد بينا الخلاف فيه **قوله** بخلاف الوكيل اي الوكيل بشرا
عبد بعينه والثمن قد دفع فاشترى فهلك الالف قبل ان ينقد له ان يرجع مره فقط وذكر المحبوبي
في الفرق ثلاثة اوجه احدها ما ذكر في الكتاب والثاني انا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفا
لابطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى ضاع ذلك اصلا اما ههنا فحق رب المال لا
يضيع اذا حملنا على الامانه لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفا يلحق المضا
ضرر فوجب احتيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكاله فلا يرجع
على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشرا ويتصرف في كل امره كرة المال يرجع عليه في
كل مره على ما مر وهو قوله جعل مستوفيا بالقبض بعده **فصل في الاختلاف**
لما بين الاتفاق شرع في الاختلاف لان الاتفاق اصل والاختلاف عارض والعارض بعد وجود الاصل
قوله في مقدار المقبوض قيد به اذ لو كان الاختلاف في الصفه القول لرب المال على ما يجي في
مثله اي مثل الاختلاف في مقدار المقبوض قول القابض اذا كان امينا وبه قال الايمة الثلاثه
قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم ان القول للعامل وعن الشافعي في وجه اذا
كان في المال ربح حالفه والاصح هو الاول لانه امين قابض فهو احق بمعرفة مقدار المقبوض
ولهذا لو كان غاصبا فهو احق بمعرفه مقدار المقبوض فالامين اولى الا ترى انه لو انكر اصل القبض كان
القول له فكذا اذا انكر قبض بعضه ذكره في الايضاح **قوله** وان اختلفا مع ذلك اي مع
الاختلاف في قدر راس المال مقدار الربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك
ثلث الربح وقال العامل راس المال الف وشرطت لي نصف الربح فالقول فيه اي في الربح لرب المال
وفي القدر للعامل وعليه نص احمد وهو قول مالك وابي ثور وابن المنذر لان رب المال ينكر الشرط
والربح الزايد وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين وقلنا اليمين
على المنكر بالحديث والعامل ما يستحق يستحق بالشرط والربح ولا يكون منكرا الشي بخلاف المتبايعان اذ كل
واحد مدعي ومنكر ويرجحان الى رؤس اموالهما بعد التحالف بخلاف ما نحن فيه **قوله** لان
المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض والعامل يدعي المضا
حيث القول فيه وبين رب المال والقول للمضارب لما ان رب المال والعامل اتفقا على ان الاخذ
كان باذنه ورب المال يدعي ضمانا والعامل منكر وكان القول للمنكر والبينة للمدعي ذكره في
الايضاح **قوله** فالقول للمضارب في دعوى العموم مع يمينه لما ان الاصل في المضاربة العموم
وكان القول لمن تمسك بالاصل وبه قال الشافعي ومالك واحمد وقال زفر القول لرب المال لان الاذن
يستفاد من جهته فصارت كالوكاله قلنا الاصل في الوكالة الخصوص لا العموم وفي المضاربه الاصل
العموم ولهذا لو قال خذ هذا المال مضاربه بالنصف يصح ويملك جميع انواع التجارات فلو لم يكن
مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص كالوكالة **قوله** لحاجته اي لحاجة المضا
الى نفي الضمان وفي النهايه هذا مما يتامل في صحته وان كانت روايه الايضاح تساعده لان رب
المال يحتاج ايضا الى اثبات ما ادعى بل بينه رب المال اولى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو
الضمان وشرعيه البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينه الخارج مع بينه ذي اليد
واما صاحب الذخيره جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم واحد وقال
لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه اذن له بالعموم وان لم يوقت البينتان وقتا او وقتا على السواء او

وقت

وقت احدهما دون الاخر قضي ببينه رب المال لانه تعذر العمل بهما الا معا ولا على الترتيب لان الشهود
لم يشهدوا به اذا تعذر العمل بهما عمل ببينه رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت هكذا في الاصل وفي
القدوري لو نص شهود العامل على انه اعطاه مضاربة في كل تجاره فالبينه بينته والا فالبينة
بينه رب المال ولو اتفقا على الخصوص واختلفا في النوع فالقول لرب المال ثم قال وان اقاما
بينه فالجواب فيه على التفصيل الذي مر في الفصل الاول **قوله** ولو وقت البينتان بان قال
رب المال دفعته في البز في رمضان وقال العامل في الطعام في شوال فبينه العامل اولى لان
الثاني ناسخ للاول **فروع** بعقد عقد المضاربة وجعله اذا ابق على رب المال ظهر ربح او لا
بلا خلاف لان ملك العامل في الربح قبل القسمة متردد وملك رب المال مستقر وضم الى راس
المال عند القسمة ولو دفع اليه الفين وقال اضف من عندك الفا اخرى يكون الفان منها شركه
والالف مضاربة بالنصف جاز وقال بعض اصحاب مالك لا يجوز الى مال القرض شركه ويجوز ان
يكون الرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضاربه اخر وقال احمد لا يجوز اذا كان فيه ضرر على الاول
ولو دفع الفا على ان له نصف ربحها يجوز بلا خلاف ولو قال على ان لي ربح نصفها يجوز عندنا وابي ثور
خلافا للايمه الثلاثه ولو اشترى العامل بالالف امة او غنما او بقرا او مكيلا او موزونا يساوي
الفين زكى حظه لظهور الربح وبه قال الشافعي في قول واحمد في روايه وقال مالك والشافعي في
قول واحمد في رواية لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمه ولو اشترى امتين او غنما وبقرا او
شعيرا لا يزكي لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح لانها لا يستحق
ولا خلاف فيه وبعده ينفذ في حصته عندنا ولرب المال فسخها دفعا للضرر عن نفسه وعند الايمة
الثلاثه لا يجوز كما قبل ظهور الربح **كتاب الوديعة**
وجه مناسبة الوديعة الابواب المتقدمة ان في الابواب المتقدمة بيان حصول المال وما حصل
له اما ان يكون محفوظا بنفسه او بغيره ولم يذكر الحفظ بنفسه لانه لم يتعلق به حكم المعاملات
فبقي حفظه لغيره وهو الوديعه ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيه اعانة اخيه في الحفظ ووفاء
الامانة تجر الغنا والخيانه تجر الفقر والله تعالى موصوف بانه امين وفي المثل الامانه اقامت الملوك
مقام الملوك والخيانه اقامت الملوك مقام المملوك ثم الوديعة لغة مشتقة من الودع وهو الترك
قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي تركهم قال شمر زعمت النحويه ان العرب
اماتوا مصدر يدع والنبي عليه الصلاه والسلم افصح العرب وقد تكلم به وسميت الوديعه وديعه
لانها تترك عند الامين يقال اودعت زيدا مالا استودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وهو
مودع ومستودع بفتح الدال فيهما والمال مودع ووديعة وشرعا هي تسليط الغير على حفظ
المال اي مال كان وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه
ليتمكن من حفظه حتى لو اودع الابق او المال الساقط في البحر او الطير الذي يطير في الهوى لا يصح وكونه
المودع مكلفا شرطا ايضا ليجب عليه الحفظ وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانه عنده والاداء
عند الطلب وفي صورة وضع المال عند اخر وذهابه وتركه او القى الريح في بيته كان قابلا للوديعة
عرفا بالسكوت وكذا فيما لو قال لصاحب الحمام اين اضع ثيابي فقال الحمامي ثمه فوضعه فسرق ثيابه
يضمن الحمامي لتقصيره في الحفظ لانه يصير بقوله قابلا للوديعة اليه اشار في المبسوطين والمعنى وفتاوى
قاضي خان وهي مشروعة بالكتاب لقوله تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها والاداء
الامانة لا يكون الا بعدها وقال تعالى فليؤد الذي اوتمن امانته وبالسنه فانه عليه الصلاة والسلام

الامانة وهو من اشرف الخصال عقلا قال عليه السلام

داء

كان يودع ويستودع وقال عليه الصلاه والسلم اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وروى
انه عليه الصلاه والسلم كانت عنده ودايع فلما اراد الهجره اودعها عند ام ايمن وامر عليا ان يردها
على اهلها واجمعت الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا عليها فانهم يودعون ويستودعون
ولان قبول الوديعة من باب الاعانه وهي مندوب اليه بقوله تعالى تعاونوا على البر وبقوله عليه الصلاه
والسلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه **قوله** الوديعه امانه في يد
المودع قيل الامانه والوديعة مترادفان فكيف حمل احدهما على الاخر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين مترادفين
مبتدا وخبرا الا بطريق التفسير كما يقال الليث اسد ومراد المصنف هنا ليس تفسير الوديعة بالامانة
قيل في جوابه جاز ذلك ههنا اما لان الامانة اعم من الوديعة او المراد من الامانة ما هو غير مضمون
وصار علما لما هو غير مضمون فكان معنى قوله امانة غير مضمون عليه ولهذا قال في شرح الطحاوي في
تعداد ما هو غير مضمون قال الوديعه امانه والعاريه امانه **قوله** غير المغل اي الخاين اذ
الاغلال والغلول الخيانة الا ان الغلول يستعمل في المغنم خاصة والاغلال عام كذا في المغرب والمغنى
فيه ان المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا والا لامتنع الناس عنه ولان هلاكها في
يده كهلاكها في يد صاحبها ولو هلك في يد صاحبها لا يجب الضمان فكذا في يد المودع ولهذا لو سرقت
الوديعه عند المودع ولم يسرق معه ماله لم يضمن عند اكثر اهل العلم الا عند ملك فانه يضمن
للتهمة اذا لم يسرق معه ماله **قوله** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله من زوجته
او ولده او والديه او اجيره الخاص وهو الاجير مشاهره او مسانهه فاما الاجير فاما الاجير للعمل
من الاعمال كالاجانب يضمن بالدفع اليه وكذا لو دفعه الى عبده او امته وبه قال احمد وملك والشافعي
واشهب المالكي يضمن بالدفع ثم العبره في هذا الباب للمساكنه لا للنفقه حتى لو سكن مع المودع ولم يلزمه
نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لم يضمن الوديعة والمراه لو دفعتها الى زوجها لم يضمن مع عدم وجوب
نفقه الزوج عليها والابن الكبير اذا سكن مع الاب يجوز الدفع اليه مع عدم وجوب النفقه وفي
الذخيره الدفع الى العيال انما يجوز اذا كان من في عياله امينا والا فلا يجوز وعن هذا قال الوالي تم بان
ثم دانغلام خوش كدا سب فذهب الغلام بالودايع يضمن ان علم ان غلامه سارق وكذا اذا لم ينهه
عن الدفع اليه ولهذا الو دفعها الى امين من امنايه وليس في عياله يجوز وعليه الفتوى ولهذا لم يشترط في
التحفه الحفظ بالعيال بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه وبيد من كان ماله في يده
ثم قال يعني به الاجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد الماذون الذي في يده ماله والشريك المفاوض
والعنان وان لم يكونوا في عياله وبهذا يعلم ان العيال ليس بشرط وبه قال ملك وقال الشافعي ليس
له ان يدفعها الى زوجته ومن في عياله لانه رضي بحفظه لا بحفظ غيره اذ الايدي تختلف في الامانة قلنا
يجب حفظها عليه كحفظ مال نفسه والانسان تاره يحفظ ماله بنفسه وتارة بمن في عياله ولانه لا يجد منه
بدا فانه كلما خرج من داره لحاجته لا يمكنه ان يحملها مع نفسه فيضطر الى ان يحفظها في بيته واذا خلفها في
بيته صارت في يد زوجته وعياله حكما فكان هذا مما لا بد منه فصار ماذونا فيه دلاله **قوله**
وان حفظها بغيرهم صورته ان يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه وغيره بيته في بيت غيره والايداع ان
يجعل الوديعه من بيته ويدفعها الى اجنبي **فان قيل** ينبغي ان لا يضمن بالايداع لما ذكر قبله ان
الظاهر انه يلزمه حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بالايداع
فينبغي ان يملكه **قلنا** قوله ان المالك رضي بيده وحفظه لا بيد غيره جواب عنه والمراد بقوله
على الوجه الذي يحفظ مال نفسه اي بنفسه غالبا فان الغالب ان يحفظ مال نفسه بنفسه **قوله**

ولان

ولان الصبي لا يضمن مثله اي لا يستحق مثله قال ابن ابي ليلى له ان يودع غيره كالمستعير له ان يعير والماذون
له ان ياذن لعبده والمكاتب ان يكاتب عنده قلنا المستعير مالك للمنفعه والماذون والمكاتب ايضا
يتصرف بولايه حكم الملك وكلامنا في غيره **قوله** والوضع في حرز غيره ايداعه فيضمن وذلك
لان الحرز في يد ذلك فصار بالوضع في الحرز مسلما اليه و**قوله** الا ان يقع في داره حريق استثنا
من قوله فان حفظها بغيرهم ضمنه قال الحلواني هذا اذا احاط الحريق منزله بحيث لا يمكنه ان يدفعها
الى بعض من عياله فلو امكنها تناولها الى بعض من في عياله يضمن بالدفع الى الاجنبي ذكره في الذخيرة
قوله لا يصدق الا ببينه وفي المنتقى هذا اذا لم يعلم ان بيت المودع احترق فاذا علم قبل قوله
بلا بينه ذكره في الذخيرة **قوله** وان خلطها المودع بماله ضمنها وبه قال الشافعي واحمد ومالك
في غير خلط الجنس بالجنس ثم الخلط على اربعه اوجه خلط بطريق المجاوره مع تيسير التمييز كخلط الدراهم
البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز فانه لا يقطع حق المالك بالاتفاق لتمكن المالك من
الوصول الى عين ملكه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطه مع الشعير فذلك
يقطع حق المالك ويوجب الضمان بالاتفاق لانه لا يصل المالك الى عين حقه الا بحرج والمتعذر كالمتعسر
ولان الخلط لا يخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطه فتعذر التمييز حقيقه وتعذر
التمييز حكما ايضا بالقسمه لاختلاف الجنس فان القسمه عند اختلاف الجنس غير مشروع وقيل لا يقطع
حق المالك وقوله في الصحيح تحرز عن هذا وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجه كخلط الخل
بالزيت وكل مايع بغير جنسه فيضمن فيه بالاتفاق لانه استهلاك حقيقه وحكما وخلط الجنس مع الجنس
كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مع دهن الجوز وخلط اللبن مع اللبن والحنطة بالحنطه
والدراهم البيض بالدراهم البيض والسود بالسود فعند ابي حنيفه يضمن وبه قال الشافعي واحمد
وعندهما لا ينقطع ملك المالك بل له الخيار ان شاء ضمن وان شاء شاركه وقال ملك شاركه بلا خيار
تضمين **قوله** وامكنه اي الوصول الى عين حقه معنى اي حكما بالقسمه فان القسمه فيما لا يتفاوت
احاده افراز وتعيين حتى يملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته عينا من غير قضا ولا رضا فكان
امكان الوصول الى عين حقه قايما معنى فخيرناه كذا في جامع البزدوي وله اي لابي حنيفه انه اي هذا
الخلط استهلاك من كل وجه فيقطع حق المالك فيضمن لان الاستهلاك من العباد التغييب واما
انعدام المحل فبتخليق الله والتغييب قد وجد فكان متعديا ضامنا لا شريكا فلا يباح له التناول قبل
اداء الضمان كذا في البدايه لانها اي القسمه من موجبات الشركه اي احكامها فلا يصلح اي القسمة
موجبة لها اي للشركة لانه يجعل العله حكما والحكم علة وفايدة الخلاف تظهر فيما اذا ابرا الخالط
الى اخر ما ذكر في المتن والحل بالحا المهملة دهن السمسم **قوله** لتعذر معنى القسمه باعتبار اختلاف
الجنس فان جهة المبادلة راجحه وليس فيها معنى الافراز ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك
بالاجماع و**قوله** في الصحيح احتراز عما قال البعض انه على الاختلاف كما خلط الجنس مع الجنس
لان تمييز الحنطه ممكن بان يصب في ما فيرسب الحنطه ويطفو الشعير والصحيح ان حق المالك
ينقطع بالاجماع لما ذكرنا ان التمييز متعسر او متعذر لما في الحنطه حبات الشعير وكذا في الشعير
حبات الحنطه فلا يصل المالك الى عين حقه بالقسمه وفيما قالوا بان يصب في الما افساد المخلوط
في الحال مع ان الراسب يمكن ان يكون حبات حنطة صاحب الشعير والطافي حبات شعير صاحب
الحنطه فعرف ان التمييز متعذر كذا في المبسوط وجامع المحبوبي **قوله** يجعل الاقل تابعا للاكثر
فيضمن صاحب الكثير القليل والفرق لابي يوسف بين خلط المايع بالمايع من خلاف جنسه فان في خلاف جنسه

يبطل حق المالك بالاجماع اذ التداخل والشيوع في المايعات اكثر فالخاصية تبطل بالخلط عند
اختلاف الجنس فيتحقق معنى الاستهلاك اما في الجنس يعتبر الاكثر اذا قلنا تابع لما ان الخاصية باقية
كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** لعدم الصنع منه اي من المودع اي عدم الصنع الموجب للضمان
ولا يمكن تقصير قد لك من المودع بان جعل الوديعة في كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر
ملكيهما **قوله** فان انفق المودع بعضها قيد بالانفاق لانه لو اخذها لاجل الانفاق ثم ردها قبل
الانفاق لم يضمن لانه خالف ثم عاد الى الوفاق ذكره في المبسوط وقال الشافعي في قول ومالك
يضمن الكل وكذا لو انفق البعض ولم يرد شيئا يضمن الكل عندهما وعندنا يضمن ما انفق لان بالخيا
نة ترفع الامانة فيجب الغرامة وقلنا الغرامة تجب بقدر الخيانة وقد خان في البعض دون الكل
وفيما اذا رفع ولم ينفق لم يتحقق الخيانة لان بمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال
انسان يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى تجاوز عن امتي ما وسوست به الحدث وان
صار ضامنا بالرفع فقد عاد الى الوفاق برد العين الى موضعه وهذا احوط الوجهين عندي فانه
لو باعها بعد الرفع ضمن قيمتها بعد البيع ينفذ بيعه فعلم ان الرفع للبيع موجب للضمان ولو لم يضمن
بالرفع ينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة ان البيع نافذ وانما اذا انفق بعضها لم يضمن الباقي
لانه حافظ في الباقي للمالك وبما انفق لم يتعيب الباقي حتى لو تعيب بان يضره التبعيض يضمن الكل
كذا في المبسوط **قوله** يضمن الجميع قال الواهد اذا لم يجعل علامة على ماله حتى خلطه بمال
الوديعة اما لو جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن الا ما انفق ذكره في الذخيرة وقال الشافعي لا يضمن
الا ما انفق في الوجهين وبه قال ابن القاسم المالكي واحمد وحكي عن مالك ان ذلك يقوم مقامها
ويصير امانة وقال الربيع يضمن الجميع اذا لم يتميز والمنصوص من الشافعي الاول كذا في الحلية لعدم
التعدي في الباقي والخلط هنا لا يصير استهلاكا لان الدرهم المخلوط حقه اذ الديون تقضى بامثالها
لا باعيانها وبه يوجد كيده وقلنا خلط مال غيره بماله لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو
لا ينفرد بقضاء الدين من غير محضر صاحبه فكان خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه
ثم رد المودع كيده لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا في الخلط **قوله** زال الضمان واما قال
زال الضمان وجب عليه سبب الركوب حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف وقال الشافعي
لا يبرأ وبه قال مالك في رواية واحمد وفي رواية ابن القاسم واشهب برأ كقولنا **قوله** للمنافاة
اي بين كونه ضامنا وبين كونه امينا اذ الامين غير خائن واذا ثبت كونه ضامنا انتفى كونه امينا وهو
موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فلا يبرأ الا بالرد على المالك
فيضمن ولنا ان الامر اي بالحفظ وهو الايداع باق لاطلاق الامر لانه قال احفظ هذا المال
والامر يتناول جميع الاوقات بعد الخلاف وقبله ولم يبطل الايداع بالخلاف لان بطلان الشيء
بما وضع لابطاله او بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع لابطال الايداع ولا ينافيه ايضا ولهذا
صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له واذا كا
ن الامر بالحفظ باقيا فقد رده بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه فلا يضمن بالهلاك
و**قوله** العقد قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد
بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر
الضرورة فيظهر اثر الارتفاع في قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه بقي على ما كان فكذلك
ههنا فاما المستأجر والمستعير اذا تعدى ثم ازال التعدي لم يبرأ عن الضمان خلافا لزفر لانه

الاعتبار

الاعتبار بالوديعة وقلنا البراءة انما تكون بالاعادة الى يد المالك او نائبه ويد المستأجر
والمستعير يد نفسه فانه يستوفي المنافع المملوكة له من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون
عاملا لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان ذكره في الاسرار **قوله** فجحدها ضمنها ولا
يعلم فيه خلاف رفع من جهته اي من جحد المالك **قوله** خلاف الخلاف اي بالفعل لان
العقد باق كما ذكرنا والدليل عليه او امر الشرع والجحود فيها رد حتى لو انكر امر الله يكفر والخلا
ف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلاة لا يكفر وفي الزاد هذا كله اذا جحد الوديعة في العقار
قال شمس الائمة السرخسي لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف في جميع الوجوه ومن المشايخ من
قال ان العقار يضمن بالجحود بلا خلاف وان كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما وقال الحلواني في ضمان
الجحود في العقار عن ابي حنيفة روايتان **قوله** ولو جحدها عند غير صاحبها بان قال اجنبي ما حال
وديعة فلان عندك او قال اعندك وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة لم يضمن عند
ابي يوسف خلافا لزفر له ان الجحود سبب الضمان سواء كان عند المالك او غيره كالاتلاف حقيقة ولنا
ان الجحود عند غير المالك من باب الحفظ لانه يقطع طمع الطامعين عنها فلا يضمن به ولان المالك لما
عزله عن الحفظ وهو لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه لان العقد ما قام به وحده بل قام
بهما فلا يرتفع الا بهما فبقي العقد وباعتبار بقائه يده كيد المالك فلا يضمن وخص قول ابي يوسف
بقوله لا يضمنها عند ابي يوسف وان كان الحكم كذلك عند علمائنا الثلاثة وكذا عند ائمة البلاد لما
ان هذا الفصل لم يكن مذكورا في مبسوط محمد وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فاورده كذلك
قوله اذا كان له اي لمال الوديعة حمل ومؤنة والحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله
حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال وبيانه في لفظ الاصل ماله مؤنة
كذا في المغرب وقال الشافعي ليس له اي للمودع المسافرة بها في الوجهين فيما له حمل ومؤنة او لا
وبه قال مالك اذا قدر ان يردها على صاحبها او وكيله او الحاكم او امين فاذا لم يقدر على احدهم
لا يضمن للضرورة وللشافعي في نقل الوديعة من قرية الى قرية فيما دون مدة السفر اذا كانت المسافة
امنة وجهان وهذا الخلاف اذا كان الطريق امنا بان لا يقصده احد غالبا ولو قصده تمكنه
دفعه وبرفقه السفر ولم ينهه المودع عنها اما اذا لم يكن الطريق امنا او نهاه عن السفر فبالسفر
يضمن بلا خلاف بين العلماء وفي النهاية هذا الاطلاق في قولهما بالصفة التي وضعه في الكتاب لا
وضع الجامع ولا وضع المبسوط فانه قال في الجامع عند ابي حنيفة لا يضمن بالخروج قصر الخروج او
طال وعند ابي يوسف ان قصر الخروج لم يضمن بكل حال وان طال لم يضمن فيما له حمل ومؤنة وعند
محمد لا يملك الخروج فيما له مؤنة طال به او قصر كذا ذكره في جامع فخر الاسلام وفي المبسوط بعد
ذكر قول ابي حنيفة اذا قربت المسافة له ان يسافر بها له حمل ومؤنة او لا واذا بعدت ليس له ذلك
لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة اذا اراد ردها **قوله** لابي حنيفة
الى اخره اطلاق الامر يعني امره بالحفظ مطلقا من غير تقييد بمكان فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد
بزمان دون زمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا والكلام فيه حتى لو لم يكن امنا او بحرا
يضمن ولو كان الطريق مخوفا ولا بد له من السفر لا يضمن ايضا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي
مع ان ولايتهما نظرية ولا يقال الاب والوصي يملكان التجارة في مال الصبي والتجارة تدل على جواز
المسافرة لا الحفظ اما المودع يملك الحفظ لا التجارة فكيف يصح الاستدلال بها والحفظ في الاسفار
لا يتحقق عرفا وكذا شرعا قال عليه الصلاة والسلام المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله اي

هلاك فلا يلزم من الاذن بالحفظ جواز المسافرة لانا نقول لا يجوز لهما قربان مال اليتيم الا بالوجه
الاحسن قال تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن واولى وجوه الحسن رعايته عن مواضع التلف
وكان ولايتهما مقيدة بشرط النظر فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز لهما السفر بماله وبحر لا يمنع زيادة
بثبوت الولاية لهما ولكن مع ذلك تصرفهما مقيد بشرط النظر فلما جاز لهما المسافرة مع تنصيص الشرع على
القربان بالوجه الاحسن ينبغي ان يجوز بمال الوديعة بالطريق الاولى لانه مامور بالحفظ مطلقا وما قال
من العرف مشترك فقد يكون قصد المودع ان يحمل اليه خصوصا اذا سافر الى بلد صاحب الوديعة والعرف
المشترك لا يصلح حجة واما الحديث كان ذلك في بدء الاسلام لقلة المسلمين في الاسفار ولهذا اخبر عليه
السلام من الامر بعده يوشك ان يخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على
غنمها وكلامنا فيما اذا كان الطريق امنا ولا يقال المامور بالبيع مامور بالحفظ مع انه لو سافر بالوديعة
يضمن لانا نقول مامور بالحفظ ضرورة البيع فيثبت الحفظ اقتضاء فلا عموم له ذكره في الاسرار
قوله ولهما انه يلزمه اي المالك مؤنة الرد ولا ولاية له في الزام المؤنة عليه لان فيه اضرارا عليه
بالحفظ المتعارف ودار الاكنة والبيوت دون المفاوز لان اسباب الصيانة متهيئا في الامصار من كل وجه
وفي غيرها متهيئا من وجه دون وجه بل فيها تعرضها على التوى قال عليه الصلاه والسلم المسافر وماله على
قلت الحديث ولهذا لو استاجر ليحفظ متاعه شهرا بدرهم فسافر بالمال يضمن قوله قلنا
مؤنة الرد جواب عن قولهما يعني ما يلحق المالك من مؤنة من ضرورة امتثال امره فلا يعد ذلك
اضرارا به قوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن قول الشافعي كونهم اي كون اهل الامصار
في المصر لا يحفظهم ومن كان في المفازة يحفظ ماله فيها اي في المفازة كاهل الخيام والاخبية وهذا
الخلاف فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين في المصر فسافر ان كان سفرا
له منه بد يضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان امكنه الحفظ فيه مع السفر بان امكنه ان يترك
واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن والا لا وكذا لو سافر مع امكان ردها الى صاحبه او
وكيله يضمن والا لا قوله لم يدفع اليه يطلبه نصيبه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة حتى لو
فعل ضمن نصفه وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يضمن قوله وفي الجامع الصغير الى اخره قال
ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفايدة ما ليس في كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب
الوديعة القاضي لا يامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قايل ان كان القاضي لا يامر للمودع ان ياخذ
ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان ياخذه زالت هذه الشبهة وفايدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة
في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلولا رواية الجامع لقايل ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة
اقل من نصيب الغايبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يوخذ من المودع فانصيب الحاضر من
الرجلين لا يكون مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فبين ان كليهما سوآء ويلقب هذه المسئلة بمسئلة الحمامي
وهي مشهورة قوله والخلاف في المكيل والموزون الى قوله وهو المراد بالمذكور في المختصر
اي القدوري وذكر هذا احترازا في ذوات الامثال لان في القسمة في غيرها معنى المبادلة فلو كانت
الوديعة من غير ذوات الامثال كالثياب والدواب والعبيد ليس للحاضر ان ياخذ بالاجماع
لهما انه اي الحاضر طالبه بدفع نصيبه وكل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه
قبض نصيبه لغيبة الاخر كالشريك في الدين بان باعا عبدا مشتركا اذا حضر احدهما كان له ان يطالب
المديون فكذا هذا وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب عن الغايب وانما يندفع الضرر
عنهما بما قلنا بان يقسم فيدفع الى الحاضر نصيبه ثم لا ينفذ قسمته على الغايب حتى اذا هلك الباقي ثم

حضر الغايب كان له ان يشارك الحاضر فيما اخذ دفعا للضرر عنه وهذا في المثليات ظاهر ولهذا
كان له اي للمودع الحاضر اخذ نصيبه اذا ظفر به قوله لانه اي الحاضر يطالب المودع
بالمفرز اي المقسوم يعني لو دفعه لساه اما ان يكون المدفوع من نصيبهما او من نصيب الاخر خاصه
لا وجه الى الثاني لانه لا يكون الا بعد القسمة المعتبرة وليس للمودع ولاية على الغايب في القسمة
ولهذا الاصح قسمته ولا يقع دفعه قسمة عليه بالاجماع حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم حضر
الغايب له ان يشاركه في الماخوذ بالاجماع فثبت ان القسمة ليست بنافذة ولا وجه الى الاول
لان المودع يصير دافعا مال الغير بغير اذنه وانه لا يجوز وان كان للحاضر ان ياخذ نصيبه لا
يكون للمودع ان يدفع حصته الا ترى ان رب الدين اذا طلب من مودع المديون دينه من الوديعة
لا يومر المودع بذلك وان كان لرب الدين ان ياخذه اذا ظفر به قوله لان الديون تقضى
بامثالها لا باعيانها فدفعه نصيب الحاضر تصرف في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغايب
اما المودع يدفع مال الغير الا ترى اذا غاب واحد وله عند اخر دين ووديعة فجاء رجل وادعى
الوكالة منه بقبض الدين والوديعة فصدقه امر بتسليم الدين دون الوديعة قوله
فلغريمه اي لرب الدين ان ياخذه اذا ظفر به والاصل فيه حديث هند انه عليه الصلاه والسلم
قال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك الحديث وقيل في تاويل قوله لصاحب الحق يد ولسان
ان المراد اخذ حقه اذا ظفر به قوله مما لا يقسم كالعبد والثوب والحيوان وكل ما يهلك
او يتعيب بالتقسيم الحسي بخلاف ما يقسم لو ابيا القسمة واودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ما
التزماه من الحفظ وكذلك الجواب في المرتهنين وكذا في المستبضعين والوصيين والعدلين في الرهن اذا
اسلم احدهما الى الاخر ما يمكن قسمته ضمن عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط انه اي
المالك رضي بامانتهما فهذا الذي دفعه اليه كان المالك راضيا بثبوت يده عليه وحفظه
له كما فيما يحتمل القسمة وله اي لابي حنيفة انه اي المالك رضي بحفظهما الى اخره وفي المبسوط
قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة احدهما فاذا كان الحفظ يتاتى
منهما لا يكون راضيا بحفظ احدهما للكل وحده قوله وهو محمل للاول اي المذكور في الجامع
الصغير محمل لرواية القدوري التي ذكرها مطلقا بانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الوديعة
شيا خفيفا يمكنه استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الى عياله ضمن وفي المغني لو قال لا تدفعها
لامراتك فانى اتهمها او الى عبدك او الى ابنك وما اشبه ذلك فدفعها اليه فان كان لا يجد بدا
من الدفع اليه بان لم يكن له عيال غيره لم يضمن وان كان ولكن لا يثق اليه لانه لا يمكن الحفظ دونه وصار
النهي عن الدفع اليه كالنهي عن الحفظ فصار مناقضا لاصله فيبطل ولو كان يجد بدا فهو ضامن قوله
في بيت اخر من الدار وقال الشافعي وزفر ومالك ان نقلها الى مثل الاول لم يضمن وان نقلها الى بيت
دونه يضمن لانه خالف امر صاحبها كما في الدارين قلنا ان البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في
الحرز غالبا حتى لو تفاوتا يضمن اما لو نهاه عن الحفظ في غير هذا البيت فعندهم يضمن في الحفظ في بيت اخر
سوا كان مثله او دونه لمخالفته امر صاحبها وعندنا في الامر والنهي لا يضمن اذا لم يتفاوت البناء قوله
فله ان يضمن الاول فان المودع بالوديعة الى غيره يضمن بغير خلاف عند اكثر الفقهاء وعند ابن ابي ليلى
لا يضمن لان عليه حفظها كحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بالايداع الى غيره فكذلك وللاكثر
انه خالف بالايداع الى غيره لان المالك رضي بحفظه لا بحفظ غيره اذ الايدي تختلف ثم عند ابي حنيفة
واحمد في ظاهر مذهبه يضمن المودع الاول لا الاخر وعندهما يضمن ايهما شاء وبه قال الشافعي ومالك

واحد في وجه وفي الذخيره انما يضمن المودع الاول بالايداع اذا هلكت الوديعه بعد ان
يفارق الاول الثاني اما لو هلكت قبل المفارقه لا ضمان على احد بلا خلاف لان الضمان لا يجب
بمجرد الدفع اليه وانما يضمن بالتضييع بترك الحفظ الملتزم وذلك بالمفارقه **قوله**
رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه اودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه ضمان بالهلاك
في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه كذا في المبسوط وهذا التعليل يؤيد ما ذكر التمرتاشي ناقلا عن ابي
اليسر في مودع الغاصب ان علم ان المودع غاصب لم يرجع عليه وان لم يعلم غاصب رجع عليه لانه مغرور
اما اذا علم انه غصب ففيه شبهة اختلاف الروايه **قوله** فيستمر على الحالة الاولى لانه
لم يفوت الحفظ الملتزم ولم يوجد منه صنع يجب به الضمان بعد فلا يضمن فصار هذا في حقه كثوب هبت
به الريح والقته حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن بخلاف مودع الغاصب لان الاول بمجرد الدفع
متعد والثاني بالاخذ وههنا ان لم يضمن الاول بتركه عند الثاني ذكره قاضي خان **فان قيل**
الاول انما يصير مضيعا بالمفارقه لان الثاني لا يصلح امينا وحافظا والا لا يضمن كما لو اودعه عند
عياله وفارقه فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني **قلنا**
رب المال لو قال اذنت لك ان تدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول
دون الثاني وهذا القدر مسلتنا فصار الثاني مودعا منفردا في حق نفسه لانه لما لم يضر بنفس
الايداع خيانه بل صار داخلا في ولايته حال حضرته وحصلت الوديعه في يد الثاني امانة فلا يضمن
بالاستهلاك كذا في الكافي **قوله** لتغاير الحقين اذ كل واحد منهما يدعي الفا وان نكل اعني الثاني
بعد ما حلف الاول **قوله** ولا يقضي بالنكول لان من حجة الاول ان يقول لو بدات بي بالاستحلاف
كان نكل ايضا قاله قاضي خان اي كان للثاني ان يقول على تقدير الحلف للثاني لي نصيب في تلك
الالف التي نكل فيها لك لانه انما نكل لك لانك بدات بالاستحلاف فلا يسقط الخصومة بينهما
قوله انما يصير اي النكول حجة عند القضا فلهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شي فيكشف وجه
القضا بان يقضي بالالف لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني لا شي له والالف كله للثاني ولو نكل
للثاني ايضا كان الالف بينهما فلهذا توقف في القضا حتى يظهر وجهه وهذا بخلاف الاقرار لاحدهما
فانه يقضي بالالف للمقر له لان الاقرار حجة موجبه بنفسه ولا يتوقف على القضا لانه اي المودع المنكر
اوجب الحق لهما ببذله لان النكول بذل عند ابي حنيفة او باقراره اي عندهما لان النكول اقرار عند
وذلك اي الاقرار او البدل حجة في حقه اي في حق المودع المنكر فلو قضي للاول حين نكل مع انه ليس له
ذلك قال علي البزدوي في جامعه لا ينفذ قضاؤه حتى لو حلف للثاني بعده فنكل يكون الالف بينهما
ويغرم الفا اخرى بينهما لان تقديم اليمين لاحدهما اما باختيار القاضي او بالقرعة لتعذر الجمع بينهما
وكل ذلك اي من اختيار القاضي والقرعه لا يبطل حق الثاني ولا ينتظر اي القضا لكونه اي لكون النكول
ثم لا يحلف للثاني اي لمدعي الثاني ما هذا العبد لي يعني لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد لي بل يضم اليه
ولا قيمة لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول فلا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكنه دفعه الى الثاني
بعد ذلك قال اي الخصاف ومعنى ان يحلفه اذا اقر بالوديعة اي لانسان ثم قال اخطات ثم قال
بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره صحيح ورجوعه باطل ويضمن للاخر قيمتها لانه اقر
بها له وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها هذا اذا دفعها للاول
بغير قضا وكذا لو دفعها بالقضا يضمن عند محمد وعند ابي يوسف لا يضمن وجه قول محمد انه اقر
بالتزام الحفظ فمتى اقر به لانسان فقد سلطه على الاخذ فصار تاركا للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن

كما لو دل سارقا على السرقه ولابي يوسف ان بمجرد الاقرار لم يفت على الثاني شي وانما الفوات ٢٨٨
بالدفع باكراه القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه اليه اشار في المبسوط ووجه البنا على هذه
المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الاول لما كان مفيدا للضمان عند محمد للثاني
فينبغي ان يحلفه الثاني لان فايده الحلف النكول وهو اقرار والاقرار للثاني مفيد للضمان له وعند
ابي يوسف لا يحلف لانه لا يضمن بالاقرار عنده فكذا بالنكول فلا فايدة في التحليف ولو قال المودع
اودعنيها احدكما ولا ادري ايكما هو فالمذهب ان اذا اصطلحا على اخذها فلهما ذلك والالف عنهما
وليس للمودع الامتناع عن تسليم الالف اليهما وان لم يصطلحا ويدعي كل علمه فانه يحلف لكل واحد
وقال الشافعي واحمد يكفي يمين واحدة لان الذي يدعي عليه امر واحد وهو العلم بعين المالك فكفا
يمين واحدة كما لو ادعاها فاقر لاحدهما بها وقلنا لما ادعى كل واحد انها له وهي يعرف فكان كل
واحد يدعي عليه الحفظ وهو ينكر ثم ان حلف لهما قطع دعواهما في قول ابي يوسف وفي قول محمد
لهما ان يصطلحا بعد الاستحلاف على اخذ الالف بينهما وبه قال الشافعي في وجه وابن ابي ليلى وعند
محمد يقرع بينهما وقال الشافعي يقسم بينهما في قول اخر ولو نكل قضى بالالف بينهما ويضمن الفا اخرى
بينهما وعند احمد والشافعي لا يضمن الفا اخرى بل يقرع بينهما عند احمد ويصطلحا عند الشافعي وان
حلف لاحدهما ونكل للاخر قضى بالالف للذي نكل ولا شي للذي حلف وكذا لو قال على الف لهذا او لهذا
وكل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه الاربعة هذا وامثاله كثيره ذكره التمرتاشي في جامعه
وجاز ان يكون مراد صاحب الكتاب بقوله وقد كان فيه بعض الاطناب ذلك

كتاب العارية

لما فرغ من بيان الوديعه
شرع في العارية لان فيها امانة بتمليك المنفعة فيكون ترقيا من الادنى الى الاعلى ثم محاسن العارية
كثيره منها اجابة مضطر في ازاله اضطراره فكان فيه نيابة عن الله تعالى وفيه شرف عظيم
اذ العاريه لا تكون الا عند محتاج كالقرض ولهذا زيد ثواب القرض على الصدقه اذ الصدقه قد
تصادف غير محتاج ولهذا ذم الله تعالى اقواما لا يعيرون قال تعالى ويمنعون الماعون والماعون ما
يتعاون الاخ في حوائجه نحو الفاس والقدر والميزان والدلو ثم العاريه لغة بالتشديد كانها
منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعاره مثل العارية كذا في الصحاح وفي المغرب العارية
بالتشديد فعلية منسوبه الى العاره اسم من الاعارة واخذها من العار العيب او العري خطا وما ذكر
في المغرب هو المعول عليه لانه عليه الصلاه والسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها
وفي العرب وقد تخفف العاريه وفي المبسوط قيل العاريه مشتقه من التعاور وهو التناوب فكانه
يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبه اليه بالاسترداد متى شا ولهذا كانت الاعارة
في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في ملك العين
لتكون عاريه حقيقه وانما تعود النوبه اليه في مثلها **وتفسيرها** شرعا على ما قال في
الكتاب هي تمليك المنافع بغير عوض عند اكثر العلما وعند الكرخي اباحة الانتفاع وبه قال الشافعي
واحمد وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى ويمنعون الماعون ولما كان المنع مذموما كان الاعطا
محمودا والسنة فانه عليه الصلاه والسلم استعار دروعا من صفوان بن امية يوم حنين فقال
اغصبا يا رسول الله فقال بل عارية مضمونة رواه ابو داود وقال عليه الصلاه والسلم في خطبته
عام حجة الوداع العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم اخرجه الترمذي وقال
حديث حسن غريب واجمعت الامة على جوازها ولكن الخلاف في كونها مستحبة او واجبة فقال الاكثر

اهل العلم الاعارة مستحبة وقال بعض العلماء واجبة **قوله** ولا يشترط فيه اي في عقد
العارية ضرب المدة اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة
ومع الجهالة اي مع جهالة المدة لا يصح التمليك اذ تمليك المجهول لا يصح كما في الاجارة ولا يمنعه صحة الاباحة
قوله وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل عقد الاجارة بالنهي ولو كان تمليكا لما بطل بالنهي كالهبة
والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض
وبغير عوض كالموهوب له ولان الاصل في المنافع ان لا يرد العقد عليها لانها كما توجد تتلاشى الا انه
في الاجارة ضرورة ولا ضرورة ههنا الى قلب الحقيقة **قوله** انه اي عقد الاعارة ينبئ
عن التمليك لان العارية مشتقة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض **قوله**
ولهذا ينعقد بلفظ التمليك بان يقول ملكتك منافع هذه الدار شهرا او جعلت لك سكنى داري
هذه شهرا ذكره في المبسوط و**قوله** والمنافع قابلة للملك كالاعيان جواب عما قال الخصم
ان الاصل ان لا يرد العقد على المنفعة الى اخره كالاعيان فان تمليك الاعيان يجوز بعوض
وبغير عوض فكذا في المنافع و**قوله** ولفظ الاباحة استعيرت للتمليك الى اخره جواب عن
قول الخصم انه ينعقد بلفظ الاباحة قال استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة
الاباحة مع انها تمليك المنفعة وانما صح مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة
لعدم اللزوم اذ للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة فلا تكون اي الجهالة
صائرة اي مفضية الى المنازعة ولان الملك اي ملك المنفعة يثبت بقبضها وهو الانتفاع وعند
القبض معلوم فالجهالة قبله لا تفضي الى المنازعة ولهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الاجارة لا
يشترط فيها ضرب المدة كما في الصبغ والخياطة و**قوله** والنهي منع عن التحصيل جواب عن قول
الخصم ولهذا يعمل فيه النهي يعني ان النهي منع عن التملك فلا تحصل المنافع على ملكه لكونه دليل الرجوع
والاسترداد لا ابطال الملك بعد ثبوته و**قوله** ولا يملك الاجارة جواب عن قوله لا يملك
الاجارة من غيره يعني انما لا يملك الاجارة لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكها على تمكن من الاسترداد
متى شاء فلو صحت الاجارة منه لم يتمكن من الاسترداد لانها لازمة حينئذ لكونها تسلط الغير وهو
نظير ما لو استاجر دابة او ثوبا ليس له ان يوجر من غيره لئلا يتضرر الموجر **قوله** لانه مستعمل
فيه اي في تمليك المنفعة لان الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وان اضيف الى
ما لا يطعم عينه كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال **قوله** ومنحتك هذا
الثوب اي اعطيتك المنحة والمنيحة الناقة او الشاة الممنوحة من المنح وهو ان يعطي الرجل اخر ناقته
ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب لبنها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح وفي الكافي وقوله
في الهداية ومنحتك هذا وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين الى
قوله يجوز اي مجازا مشكل من وجوه احدها انه قال اذا لم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول
اذا لم يرد بهما الهبة بدليل التعليل واجيب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور وثانيها انه
جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان
الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية
لكنه يحتمل الهبة وهذا تناقض وثالثها انهما لما كانا لتمليك العين حقيقة تعينت حقيقة اللفظ بلا نية فعند
عدم ارادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة قيل في جوابه نعم ان لفظ حملتك يدل على الاركاب
لغة ولكن يدل على التمليك عرفا يقال حمل الامير فلانا ويراد به التمليك ويستعمل للعارية ايضا قال

تعالى

تعالى اذا ما اتوك لتحملهم اي لتركبهم فاذا نوى العارية او الهبة كان كما نوى وان لم ينو شيئا كان
عارية لانها المتيقن بها ومعنى قول الشيخ يجوز اي يجوز استعمالها فيه مجازا لغويا وان كان حقيقة عرفية
فحينئذ لا يرد السوال **قوله** وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء وهذا في العارية المطلقة
بلا خلاف وفي الموقتة خلاف مالك فان عنده لا يجوز له الرجوع قبل مضي الوقت **قوله** ان
هلكت بغير تعد قيد به لان هلاكها بتعديه يوجب الضمان بلا خلاف وضمان الرد على المستعير بلا
خلاف فالعارية اذا هلكت بغير تعد لا تكون مضمونة عندنا وبه قال مالك وهو قول علي وابن
مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري وعمر بن عبد العزيز وشريح والاوزاعي وابن شبرمة
وابراهيم وقضى شريح بذلك بثمانين سنة بالكوفة وقال الشافعي واحمد مضمونة وهو قول ابن
عباس وابي هريرة وعطاء واسحق وقال قتادة وعبيد الله بن الحسين العنبري ان شرط ضمانها
ضمنت والا فلا وقال ربيعة كل العواري مضمونة ولقوله عليه الصلاة والسلام لصفوان بل
عارية مضمونة مؤداة وكتب في عهد بني نجران وما يعار رسلي فهلكت فضمانها على رسلي ه
وقال عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد ولانه اخذ ملك الغير في موضع باخذه لنفع
نفسه وذا موجود في العارية ولانه قبض مال غيره لنفع نفسه لا عن استحقاق تقدم فكان
مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء والمستقرض بخلاف المودع لانه ما قبضه لنفسه بل
لمنفعة المالك وهو الحفظ ولهذا لا يلزمه مؤنة الرد وفي المستعير يلزمه وبخلاف المستاجر لانه
قبضه باستحقاق تقدم على القبض ولهذا يجبر على تسليم الدار ولو سلمه لا يملك الاسترداد حتى
يمضي المدة والموصى له بخدمة العبد فان العبد لا يصير مضمونا عليه وان قبضه لنفسه لان
قبضه مستحق ولهذا اجبر الورثة على تسليم العبد اليه ولا يلزم انه ماذون بالقبض لانه انما ثبت
الاذن ضرورة الانتفاع فبقي القبض في غير حالة الانتفاع غير ماذون فيه لان الثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها ولهذا لا يضمن اذا هلك حالة الانتفاع بلا خلاف ولان قبض العارية يوجب
ضمان الرد بالاجماع حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كقبض الغصب ولنا
ما روى القاضي الامام ابو جعفر محمد بن عمرو عن القاضي الجليل بن احمد باسناده عن ابي الزبير المكي
عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل ضمان والمغل
هو الخائن **فان قيل** هذا حديث ضعيف لانه يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد حساب عن
عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ولئن ثبت يحمل على الهلاك حال الانتفاع
ليكون توفيقا بين الحديثين ودفعا للتعارض **قلنا** قد روي برواية اخرى غير ضعيفة مع
انه عمل به اكثر العلماء مع ان الجرح لا يقبل ما لم يبين سببه ولان ما رويتم محمول على ضمان الرد
بدليل ما روي من حديث صحيح انه عليه الصلاة والسلام قال العارية مؤداة والمنحة مردودة الحد
فوصف النبي عليه الصلاة والسلام جميع العواري بكونها مؤداة وقد روي هذا الحديث بطريق اخر فلم
يذكر مضمونة فيه وفي بعض طرقها ومضمونة بالواو وهذه الرواية تدل على ان الضمان وصف
زائد على العارية والوجه في ذلك انه عليه الصلاة والسلام تلفظ بها تسكينا له وتالفا فانه كان
يومئذ مشركا وقد اخذ مجامع قلبه حمية الجاهلية ولان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان كما ذكر في
المتن وقبض العين للانتفاع باذن صحيح من مالكها لا يوجب ضمانا كما في المستاجر ووجوب الضمان ه
للجبران وذلك لا يتحقق الا بتفويت شيء على المالك جبرا وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت والعقد عقد
تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة فلا يتحقق موجب الضمان الا ترى ان القبض لا يكون اقوى من حقيقة

ع

الاتلاف ولو اهلكها باذن مالكه لا يجب عليه الضمان فكذا اذا قبضها و **قوله** الاذن للانتفاع
ضرورة قلنا هو ما قبضه الا للانتفاع فيزول عنه صفة التعدي فاذا قبضه للانتفاع بقي في يده
باذن مالكها فلم يكن متعديا ولان الاذن بالقبض وجد مطلقا بلا تقييد بحال الانتفاع لان الضرورة
كما دعت الى اظهار الاذن في غير حال الانتفاع ايضا لانه انما ينتفع بمال الغير حسب انتفاعه بمال
نفسه ساعة دون ساعة اذ لو انتفع بها دائما لهلكت وكان امساك العين في ما في الحال للانتفاع
مادونا ضرورة فلا يضمن اما الجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام العارية مضمونة اي
ضمان الرد لانه جعل الضمان صفة العين على وجه الخبر وحقيقة ذلك في ضمان الرد لانه يبقى بقاء
العين وحديث صفوان فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام اخذ دروعه بغير رضاه بدليل قول
صفوان اغصبا يا رسول الله الا انه عليه الصلاة والسلام كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له
حلالا ولكن بشرط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخمصة بشرط الضمان وقيل المراد ضمان
الرد وقوله مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه فسر العلم بالفقه وقيل كان هذا اشتراط
الضمان على نفسه وبه اخذ قتادة والعنبري وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط ايضا ولكن صفوان
يومئذ كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين واما قوله عليه
الصلاة والسلام ما تعار رسلي فهلكت على ايديهم اي استهلكوها لانه يقال هلك في يده اذا
كان بغير صنعه وهلكت على يده اذا استهلكه واما قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد فيقتضي
وجوب رد العين ولا كلام فيه واما المقبوض على سوم الشرا انما كان مضمونا بالعقد والاذن يقرر
ضمان العقد ولان المالك هناك ما رضي بقبضه الا بجهة العقد فعما وراء العقد كان مقبوضا بغير
اذنه وانما وجب ضمان الرد على المستعير لان منفعة النقل حصلت له والرد فسخ لذلك النقل فكانت
المؤنة على من حصلت له منفعة النقل فان الخراج بالضمان ولهذا كانت النفقة عليه ايضا ولهذا
اوجبنا مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة ايضا فاما ضمان العين فانما يجب على من فوت شيئا على
المالك بقبضه كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه كذا في المبسوط والاسرار
قوله كنفقة المستعار فانها اي النفقة على المستعير وفي الذخيرة والمغني قال ابو علي السغدي
حاكيا عن استاده ان المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له ان شئت فانفق عليه ليحصل لك منفعته الانفاق
وان شئت فخل يدك عنه وقال ابو نصر لو استعار عبدا فطعامه على المستعير ولو ان مولاه اعاره
وطعامه على المعير قال ابو الليث يعني اذا قال مولى العبد خذ عبدي واستخدمه من غير ان يستعيره
المستعير فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه واما الكسوة فعلى المعير في الاحوال كلها
قوله لا لنقض القبض بخلاف الغصب فان ثمة وجب الرد لنقض القبض فاذا لم يوجد الرد
يجب الضمان عليه وههنا القبض بالاذن فلا يكون مضمونا عليه **قوله** ولانا لو صححناه
الى قوله تسليط من المعير جواب لشبهة ذكرت في المبسوط **فان قيل** ينبغي ان يملك
المستعير الاجارة لانه مالك للمنفعة ولا يسقط حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير
في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة **قلنا** لو ملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات
عقد المعير فكان العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد وقيل في تجويز اجارته يلزم لزوم ما
لا يلزم وهذا لان الاعارة غير لازمة في الاصل والاجارة لازمة في الاصل فلو ملك المستعير
الاجارة اما ان تقع هذه الاجارة لازمة او غير لازمة فان وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم ما يلزم
وهو خلاف موضوع الاجارة فكان باطلا وان وقعت لازمة يلزم لزوم ما لا يلزم لانها اذا لزمت

الاجارة

الاجارة تصير العارية لازمة ضرورة لعدم امكان الاسترداد فيكون خلاف موضوع العارية
وهو باطل ولهذا لا يرهن لما ذكرنا كالوديعة لا يؤجر ولا يرهن **قوله** دفعا لضرر الغرور فان
غرره في ضمن العقد بخلاف ما علم بكونها عارية في يده حيث لم يرجع عليه لانه لم يوجد منه الغرور
وقالت الائمة الثلاثة لا يرجع لانه غاصب الثاني وضمن بفعله **قوله** اذا كان لا يختلف باختلاف
المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة كذا ذكر الطحاوي التمرتاشي فللمستعير ان يعيره وبه قال
مالك والشافعي في وجه وقال الشافعي في الاصح واحمد ليس له ان يعيره بناء على ما مر ان الاعارة اباحة
المنافع عنده والمباح له لا يقدر ان يبيح غيره و **قوله** وانما يجوز الى اخره جواب لشبهة ترد
علينا بان العارية لو كانت تمليك المنفعة لما اختلف الحكم في صحة اعارته بين ما يختلف وما لا يختلف
فقال انما لا يجوز فيما يختلف لدفع زيادة الضرر على المعير الى اخره وهذا اي ما ذكرنا من ولاية
الاعارة للمستعير **قوله** مطلقة اي عن الوقت والانتفاع وهو اي ما يصدر عن عقد
الاعارة على اربعة اوجه وانحصاره على الاربعة ضرورة لان الشيئين وهو الاطلاق والتقييد
دارا في الشيئين وهما الانتفاع والوقت فكانت اربعة لا محالة **قوله** ليس له ان يجاوز ما
سماه مثلا استعار الدابة ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فلا يحمل غيرها الا اذا كان خلافا الى
مثل ذلك بان قال عشرة اقفزة من هذه الحنطة او من حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة من حنطة غير
المشار اليها او من حنطة غيره او خير منه بان قال عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة من شعير
في القياس يكون ضامنا لانه يخالف لاختلاف الجنس وعندنا لا يعتبر الضرر والمنفعة وفي الاستحسان
لا يضمن لانه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل الكيل
من الشعير يكون اخف عليها والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولهذا لو سمى مقدارا من
الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن شعيرا يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة كذا في
المبسوط **قوله** ليس له ان يركبه اي يركب الدابة غيره او يلبس الحيوان او الحمار او البغل والفرس **قوله**
حتى لو فعل ضمنه اي لو ركب بنفسه ضمن وهو الصحيح وهو اختيار فخر الاسلام وعند شمس الائمة وشيخ
الاسلام خواهر زاده لا يضمن لانه يملك الاعارة والصحيح انه لا يضمن لما اطلق وله ان يعين في
الاولى تعين الركوب وفي الثانية الاركاب وتعيينه كتعيين المالك ولو عين المالك يضمن بالنقل كذا
هنا **قوله** وعارية الدراهم بان قال اعرتك هذه الدراهم او الدنانير قرض يعني بمنزلة
قوله اقرضتك ولا نعلم فيه خلافا الا ما نقل عن بعض اصحاب الشافعي هذه اعارة فاسدة وقبض
المال بالاذن الا المنفعة نفسه فيكون امانة ذكره في شرح الوجيز وفي المغني قال ابو بكر البلخي قال
اعرتك هذه القصعة من الثريد فاخذها واكلها فعليه مثلها او قيمتها لان اعارة ما لا ينتفع الا
بهلاكه قرض قال ابو الليث الجواب هكذا اذا لم يكن بينهما مباسطة او دلالة الاباحة **قوله**
وذلك اي تمليك العين بالهبة او القرض والقرض ادناهما ضررا على المعير لانه يوجب المثل والهبة
لا توجبه **قوله** ورد العين وقد تعذر رد العين على المستعير هنا فاقيم رد المثل مقام ردها
قوله اما اذا عين الجهة الى اخره ولا يعلم فيه خلاف ايضا وفي بعض النسخ ليعير بها ميزانا او صوا
بعيارا اي سوى ذكره في المغرب وفي الصحاح عايروا مكاييلكم وموازينكم ولا تقل عيروا **قوله**
قوله قلع البناء والغرس بكسر الغين وفتحها ذكره في المغرب و **قوله** فلما بينا اشارة الى قوله
للمعير ان يرجع متى شاء **قوله** فلا ضمان عليه اي على المعير من نقصان قيمة البناء والغرس وبه قال
مالك وقال الشافعي واحمد ان ابى المستعير القلع يضمن المعير ما نقص بالقلع او قيمة بنائه مقلوعا

لانه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان اليه اشار قوله عليه
الصلاة والسلم ليس لعرق ظالم حق فدل بمفهومه على ان العرق الذي ليس بظالم له حق وهذا
كذلك وصار كما لو طالبه بالقلع في الموقتة قبل مضي الوقت وقلنا الضرر انما لحق المستعير من
قبله حيث بنى او غرس في محل كان لغيره حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا لانه ما وقت للعارية
وقتا ولكن المستعير مغتر بنفسه حيث ظن بمطلق العقد انه يتركها في مدة طويلة من غير ان يسبق
منه الوعد بخلاف ما لو وقت للعارية وقتا ورجع قبل مضي الوقت فان المستعير يصير مغرورا من
جهة المعير وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار وقال زفر لا يضمن ايضا بالتوقيت
لان الاطلاق والتوقيت سوا لبطلان الاجل في العواري وقلنا اذا وقت صار مغرورا من جهته
فان قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع الا ترى انه لو استحق الموهوب
بعد هلاكه فضمن الموهوب له الضمان لا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد
المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت **قلنا** كلام
العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيحها لصحتها بدونه فعلم ان
فائدته التزام قيمة البنا والغرس ان اراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كان قال ابن في
هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك ما ينفق
في بنايك فيكون الرجوع للالتزام المعنوي لا للغرور كذا في المبسوط **قلت** فعلى هذا معنى
قول الشيخ لانه مغرور من جهته ما قوله مغرور من الالتزام المعنوي وبعد مضي المدة له الرجوع
بلا ضمان عندنا ومالك وبه قال المزني وعند الشافعي واحمد يضمن النقصان كما في غير الموقت ورجع
قبل الوقت صح رجوعه خلافا لمالك وما نقل في النهاية من قول مالك انه يضمن القيمة ما وجدته
في كتبهم بل عندهم اذا كان موقتا لا يجوز له الرجوع **قوله** يضمن رب الارض للمستعير قيمة
غرسه وبنايه يعني يكم يشتري بشرط قيامه الى المدة المضروبة كذا في شرح الكافي **قوله**
لم يوجد منه اي لم يوجد الارض من المستعير ويترك في يده بطريق الاجارة لان له اي للزرع نهاية
فيمكن مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الارض
في يده باجر مراعاة للجانبين كذا هنا كذا في المبسوط وبه قال الشافعي في وجه ومالك واحمد وقال
في وجه كالبنا والغرس وعن احمد ان كان مما يحصد قصيلا بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر
فيه **قوله** حتى يحصد على بنا المفعول ثم اذا استحصد الزرع فصاحب الارض ياخذ الارض
مع الاجر وقال ابو اسحق الحافظ انما يجب الاجر لصاحب الارض اذا آجر الارض منه او القاضي
بعد مضي المدة وبدون ذلك لا يجب الاجر وفي اكثر الروايات لم يشترط ذلك **قوله** وفي الترك
مراعاة الحقين اي حق المعير والمستعير فكان اولى من القلع ولان في القلع ابطال ملك المستعير وفي
الترك في يده بالاجرة ضررا بالمعير من حيث تاخر حقه وضرر الابطال فوق ضرر التاخير **قوله**
واجرة رد العارية على المستعير بلا خلاف كما بينا **قوله** لما انه اي المستعير قبضه لنفع نفسه
فيكون المونة عليه لما ان الخراج بالضمان والاجر مونة الرد ولهذا لو امسكه بعد مضي المدة في
العارية الموقتة وهلك يضمنه بخلاف المطلقة حيث لا يضمن بالامساك لان المطالبة بالرد لم توجد
حتى لو طلب الرد فامسكها يضمن كالمودع اذا طولب بالرد وبخلاف المستاجر اذا امسكها بعد مضي
المدة وهلكت قبل الطلب حيث لم يضمنها لان الرد على المالك لا على المستاجر كذا في المبسوط **قوله**
لان الواجب عليه اي على الغاصب الرد لقوله عليه الصلاة والسلم على اليد ما اخذت حتى ترد

فيكون مونة الرد واجبه عليه ولا خلاف فيه واجره رد المرهون على الراهن واجره رد الوديعة
على مالكها والاصل ان مونة الرد على من وقع له القبض لان الخراج بالضمان فاذا ثبت هذا اتضح
له حكم هذه المسايل فالمرتهن قبض الرهن لنفسه ولهذا اختص به من سائر الغرما اما مونة رد العبد
الموصى بخدمته فقالوا لا رواية فيها ويجب ان يكون على الموصى له بالخدمة كما في المستعير **قوله**
وفي القياس يضمن وبه قال الشافعي واحمد لان الواجب عليه الرد الى المالك او نايبه وهو وكيله
كما في الوديعة والمغصوب ولم يوجد بل ضيعه وجه الاستحسان ان العواري ترد الى دار المالك
او الى المربط عادة وعرفا وهما في يد المالك حكما فكانه ردها الى مالكها حكما ذكره التمرتاشي عن
ابن سلمة ان كان المربط خارج الدار لم يبرا لان الظاهر انها تكون هناك بلا حافظ وقيل هذا في
عادتهم **قوله** ورده امع عبده او اجيره لم يضمن وقياس قول الشافعي انه يضمن كما لو دفع الوديعة
اليهما **قوله** مع عبد رب الدابة او اجيره اي السايس لم يضمن وبه قال احمد وقياس قول الشافعي
ان يضمن كما في الوديعة وجه الاستحسان ان الرد اليه كالرد الى المالك ولهذا لو دفعها اليه كان له دفعها
الى السايس ولهذا لو استعار منه دابة يامر السايس بدفعها عادة وعرفا ولا يوجد مثل هذا العرف
في الوديعة فان صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادة وانما اودعها لانه لم يرض بكونها في يد
عياله كذا في المبسوط **قوله** من اجنبي قصد الانه لما وضعه في يد الاجنبي للرد فيكون هذا
ايداعا مع هذا قال يضمن وبه اخذ بعض المشايخ وهو الكرخي والبقالي فقال لا يملك الاستعارة
ولا يملك الايداع لان الاعارة تصرف في المنفعة وهي ملكه اما الايداع تصرف في العين وهي
ملك صاحبها وصاحب العين لم يرض بالدفع الى غيره واستدل الكرخي بهذه المسلة ذكره في شرح
الطحاوي وقال بعضهم وهم مشايخ العراق يملك الايداع وبه اخذ ابو الليث والفضلي وفي
الفوايد الظهيرية وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المنافع فلان
يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى واولوا اي مشايخ العراق هذه المسلة بما اذا كانت
العارية موقتة وقد انتهت باستيفا مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك
الايداع بالاتفاق **قوله** موضوعة له اي لعقد الاعارة كما في اعارة الدار والثوب فانه
لا يكتب فيها السكنى او اكسيتني **قوله** لانها اي لفظة الاطعام يخص الزراعة والاعارة في
معظمها اي الزراعة وغيرها كالبنا ونصب الفسطاط فلا يدل لفظ الاعارة على شي من هذه الانواع
عينا وكانت الكتابة بها اي بصيغة الاطعام ليعلم ان غرضه الزراعة اولى بخلاف اعارة الدار والثوب
لان اعارتهما للسكنى واللبس فقط وهذا الغرض يصير معلوما بقوله اعرني اليه اشار في الفوايد
الظهيرية

كتاب الهبة

وقد ذكرنا وجه
المناسبة في العارية وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان
فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذي النهى فقد وصف الله
تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم الهبة لغة اصلها من
الوهب والوهب بتسكين الها وتحريكها وكذلك في كل معتل الفا كالوعد والعدة والوعظ
والعظة فكانت من المصادر التي يحذف اوايلها ويعوض في اخرها الها ومعناه ايصال الشي للغير بما
ينفعه سوا كان مالا او غير مال يقال وهبت له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا
صالحا قال تعالى فهب لي من لدنك وليا ويقال وهبه مالا ولا يقال وهبت منه ويسمى الموهوب
هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة • وشرعا تمليك

تمليك العين بلا عوض ودليل جوازها الكتاب قال تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيا
مريا والما حد الاكل بالوصف الحميد دليل جوازها وقال تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها
الايه والمراد بالتحيه العطيه وقيل المراد بالتحيه العطية السلام والاول اظهر فان قوله اوردوها
متناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية لان رد عين الكلام غير ممكن كذا في المبسوط والسنة قال
عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا الحديث اخره كونوا عباد الله اخوانا مؤتلفين واجماع الائمة
والدليل المعقول انها من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه
بعد الايمان وسببها ارادة الثواب اما ثواب دنياوي كالعوض وحسن الثنا والمحبه واما عقباوي
وشرائط صحتها انواع منها في الواهب وهو ان يكون من اهل الهبة وحرا عاقلا بالغا مالكا للموهوب
ومنها في الموهوب بان يكون مقبوضا ولا يكون متصلا بشي ولا مشغولا به ومتميزا عن غير الموهوب
له وفي بعضها خلاف وسيجي بيانه **وركنها** الايجاب والقبول **وحكمها** ثبوت الملك
للموهوب له غير لازم الا بموانع وعند الشافعي لازم الا في هبة الوالد لولده والفاطمي بعد ذلك
وقوله عليه السلام تهادوا امر من التهادي وهو ان يهدي بعضهم بعضا وقوله تحابوا صيغة
خطاب في المضارع الجزم بجواب الامر وسقط احدى التائين للتخفيف من التحاب وكان لفظ جمع الماضي
ولفظ جمع الامر ولفظ جمع مخاطب المضارع المجزوم على صيغه واحده **قوله** ويصح بالايجاب كقوله
وهبت ونحوه كما يجي اي يصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان
الهبة عقد تبرع يتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصيه ولكن الموهوب له لا يملكه
الا بالقبول والقبض وثمره ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب فلم يقبل الموهوب له يحنث او حلف
على ان يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر في يمينه عندنا وقال مالك يثبت الملك قبل القبض بمجرد الايجاب
والقبول وبه قال ابو ثور والشافعي في القديم لعموم قوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه ولانه ازالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ولانه عقد
لازم ينقل الملك فلم يتوقف لزومه على القبض كالبيع ويقولنا قال الشافعي واحمد واكثر الفقهاء والتابعين
الا ان احمد يقول ان كانت الهبة عينا يصح بدون القبض في الاصح وفي المكيل والموزون لا يصح بدون
القبض ويتفرع على الاقوال ان الزيادات الحادثه بين العقد والقبض لمن يكون ولو باع الواهب
الهبه بين العقد والقبض او مات بينهما فالملك للواهب عندنا وعند مالك لا يصح بيعه والهبة لوارث
الموهوب له وعند الشافعي في اصح قوليه اذا مات الواهب ينقلب الى اللزوم ولا ينفسخ الهبة
حتى يخير الوارث في الاقباض وان مات المتهب قبضه وارثه ان اقبضه الواهب **قوله** ولنا
قوله عليه الصلاة والسلم لا يجوز الهبة الحديث والمراد نفي الملك لا الجواز لان العقد قبل القبض ثابت
بالاجماع وقيل هذا الحديث غير مرفوع بل هو قول علي وعمر ولئن كان فهو حجة ايضا لانه مما لا يمكن
معرفته بالقياس وروي ايضا عن جماعة من الصحابة انهم قالوا لا تجوز الهبه الا مقبوضه محوزه ولم
يعرف لهم في الصحابة مخالف فحل محل الاجماع وما روي عن علي وعمر انهما قالا اذا علمت الصدقه
جازت محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير او على الصدقه الموقوفه فانها تجوز بلا قبض عند ابي
يوسف انه صح بو نيقا بين اقاويل الصحابة كذا في المحيط وفي المبسوط والمغني لابن قدامة وكتب اصحاب
الشافعي ان ابا بكر نحل عائشة رضي الله عنها جدادا عشرين وسقا بالعالية من ماله فلما مرض قال يا
بنية ما احد احب الي منك ولا احد اعز علي فقرا منك وكنت نحلتك جدادا عشرين وسقا ووددت انك
قبضتيه ولا حزتيه وهو اليوم مال الوارث فاقتسموا على كتاب الله عز وجل فدل ان القبض شرط

ولا تتم الهبة فيما يحتمل القسمة الا بالقسمة لانه قال ما قبضتيه ولا حزتيه وكان المراد بالحيازة
القسمة اذ لو حملناه على القبض كان تكرارا وحمل الكلام على الافاده اولى من الاعاده وفيه دليل ان
هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يكون باطله لمباشره ابي بكر وفيه دليل ان الرجوع في الهبة قبل
القبض يصح ولانه عقد تبرع فلو ثبت الملك بلا قبض يتوجه المطالبة عليه بالتسليم كما في البيع فيؤدي
الى ايجاب شي لم يتبرع به وهو خلاف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات ولا يقال ان الملك
يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون
اذا كان بسبيل من قبضه ولا يصح القياس على الوقف والوصيه لان الوقف اخراج ملك الى الله
تعالى او التصدق بمنفعته وفيه لا يشترط القبض وكذا في الوصيه ثبت الملك بعد الموت ولا
مطالبة ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم حينئذ والوارث لم يملك هذا جواب سؤال
مقدر وهو ان يقال ان انعدم اهليه الموصي فوارثه يخلفه في ملكه فكان ينبغي ان يتوقف ملك الموصى
له الى وقت تسليم الوارث فاجاب عنه بان حق الوارث متاخر عن الوصية فلا يصح تسليمه فيما
صح فيه الوصيّة **فان قيل** الشروع في عقد الهبة الزام التسليم تبعا كالشروع في صلاة
النفل وصوم النفل وكالتزام الصلاة بالنذر فانه يلزمه الوضوء تبعا لما انها لا تصح ولا تتم الا به
فكذا ههنا الشروع في الهبة لانه المقصود منه الا بالتسليم فينبغي ان يجب التسليم **قلنا** في
الشروع في صلاة النفل انما يلزمه الركعة الثانية والامساكات الباقيه صيانة لما مضى عن البطلان
والوضوء تبع للصلاة فكان النذر بها نذرا به ولا كذلك ههنا لان للهبه صحة بدون القبض وانما
القبض للزوم العقد وعقد الهبة بعد القبض غير لازم حتى يصح الرجوع فكيف يكون لازما
قبل القبض اليه اشار في الاسرار وهو اي القياس قول الشافعي وبه قال احمد ولنا ان
القبض الى اخره **وقوله** في الهبه متعلق بالقبض لا بالقبول اي القبض في الهبه بمنزلة القبول
في البيع وبه صرح في المبسوط واشار اليه في الايضاح فكما ان الايجاب في البيع يكون تسليطا
على القبض الذي نزل منزلته **فان قيل** لو كان القبض بمنزلة القبول ينبغي ان لا يصح الامر
بالقبض بعد المجلس كذا في مختلفات العيني **قوله** والمقصد منه اي من عقد اثبات الملك
فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض وان لم ياذن بالقبض صريحا ليحصل مقصوده بخلاف البيع
فان القبض في البيع لاسقاط حق البائع في الحبس لثبوت الملك قبل القبض وليس مقصود البائع بالبيع اسقاط
حقه في الحبس بل مقصوده ان يسلم العوض له وذلك بالحبس فلم يجعل البائع بايجاب البيع راضيا باسقاط
حقه في القبض اليه اشار في المبسوط وكذا القبض في الصدقه والقرض والرهن والبيع الفاسد في المجلس
يصح بلا اذن لافتقار الكل الى القبض كالهبة **قوله** لان الاول صريح فيه اي في عقد الهبة والثاني
اي نحلت مستعمل فيه اي عقد الهبه روي عن النعمان بن بشير انه قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين
فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال عليه الصلاة والسلم الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل
نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور كذا في المبسوط ويجي بعد **قوله** لان عينه اي عين
الارض على تاويل المذكور وفي بعض النسخ عينها لا يطعم وكان معناه اطعمتك ما يحصل منها وكان تمليكا
لمنفعه الارض دون عينها فلان حرف اللام للتمليك فكان معنى كلامه ملكت هذا الثوب لك الا
ترى ان في التمليك بذلك لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك فكذا في التمليك بغير بدل قال عليه الصلاه
والسلم من اعمر عمرى الحديث يقال اعمرته دارا او ارضا او ابلا اذا اعطيته اياها وقلت هي لك عمري

اوعمرك فادامت رجعت اليّ قال لبيد • ما المال الا معمرات ودايع • والاسم العمرى كذا
في الصحاح والمغرب **قوله** ولورثته بعده اى لورثة المعمّر له بعد موته يعني معناه وهبتها
لك فاذا مت فهي لي هذا تمليك صحيح في الحال وشرط الرجوع اليه والى ورثته باطل ذكره في
المبسوط ولا خلاف بين اهل العلم في استحباب التسوية وكراهية التفضيل والخلاف في كيفية التسوية
فعندنا والشافعي ومالك يسوى بين الذكر والانثى وعند احمد التسوية المستحبة ان يقسم بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال محمد وعطا وشريح ولو فاضل بينهم جاز ولا يجب ان يسترجع وبه قال
الشافعي ومالك والثوري وقال احمد وداود يجب ان يسترجع لحديث النعمان بن بشير فانه قال في
رواية فارجعه وفي رواية فارْدُدْهُ فانه سماه جورا وامر برده وقلنا في حديثه اشهد على هذا غيري
فقد امره تاكيدها وهذا دليل عدم وجوب الرجوع ولهذا احص ابو بكر رضي الله عنه لعايشة عداده
عشر وسقا ثم قال ما تقتضيه فعلم ان بالقبض لا يجب الرجوع قال تعالى او كسوتهم والكفارة لا تتأدى
الا بتمليك العين بالاجماع لما رَوَينا وفي بعض النسخ لما روينا من قبل واراد به ما ذكر في كتاب العارية
المنحة مردودة ما نقلنا عن المغرب ان المنحة هي الشاة او الابل يعطيها الرجل آخر ليشرب لبنها ثم يردها
ثم كثر استعماله حتى قيل في كل من اعطى شيا منح فعلم ان العارية معناه اللغوي والشرع مبني عليه
ولكن اذا نوى التمليك يثبت لانه يحتمله **قوله** داري لك هبة ينتصب هبة على الحال
وكذا في قوله سكنى هبة بالنصب على الحال او بالتمييز فيهما فهي عارية وبه قال الشافعي ومالك
واحمد واكثر اهل العلم لان قوله داري لك ظاهره في تمليك الرقبة ويحتمل تمليك المنفعة الا يرى
انه عليه الصلاة والسلام مر بحايط فاعجبه فقال لمن هذا قال رافع ابن خديج لي استاجرته فقال عليه
الصلاة والسلام لا تستاجره بشيء منه ولهذا لو حلف لا اسكنُ دار فلان حنث بالاجارة والاعارة
فثبت ان لام الملك يحتمل تمليك المنفعة فكان اول كلامه محتملا لتمليك السكنى و**قوله** سكنى
محكم في تمليك المنفعة لانه لا يحتمل تمليك الرقبة وانه خرج تفسيرا لاول الكلام فيعتبر به حكم اول
الكلام وصار المحكم قاضيا على المحتمل وكانه قال سكنى داري لك فيكون عارية **قوله**
لان العارية محكم ومن حق الكلام ان يقول لان السكنى محكم في تمليك المنفعة كما ذكره في المبسوط
فانه ذكر لان السكنى محكم ولكن ذكر بعد هذه المسايل وكذا لو قال هي لك هبة عارية او عارية
هبة فهي عارية قدم لفظ الهبة او اخره لانه يحتمل ويجوز ان يكون مراده هبة العين ويجوز ان
يكون مراده هبة المنفعة و**قوله** عارية تفسير لذلك المبهم لانه في نفسه محكم ولما كان
كذلك جاز ان يقع في قلب المصنف انه ذكر لفظ العارية مقرونا بلفظ الهبة كما علل في المبسوط فذكر
هكذا او تقدير الكلام لان السكنى الموضوعة للعارية محكم في تمليك المنفعة و**قوله** هبة يسكنها
في المبسوط ولو قال داري لك هبة تسكنها او قال لعمري سكنها وسلمها اليه فهي هبة لان قوله
يسكنها ليس بتفسير اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم لكنه مشورة اشار عليه في ملكه فان شا قبل
مشورته وسكنها وان شا لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملك الدار عمرو ليسكنها وان لم يذكره
لا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه بخلاف
قوله هبة سكنى او سكنى هبة فانه عارية لا تفسير له فيجوز ان يغير اول الكلام باخره كما في الاستثنا
والشرط **قوله** الا محوزة وعنى بالمحوزة ان يكون مفرغا عن املاك الواهب حتى لا يصح هبة
الثمر على راس الشجر والزرع في الارض دون الشجر والارض وكذا العكس عندنا وعند الايمة الثلاثة
يجوز في الوجهين فقوله مقسومة احترازا عن المشاع قيل في الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم كل شيء يضره

التبعيض ويوجب نقصانا في ماليته فانه لا يحتمل القسمة كالدرهم والدينار فهبة بعضه جايز بلا
خلاف وقيل كل ما يفوت بالقسمة منفعته اصلا كالعبد او جنس منفعته كالحمام والرحا فهو لا يحتمل
القسمة وقيل كل مشترك بين اثنين لو طلب احدهما قسمته وابى الاخر فالقاضي لا يجبره على القسمة فهو مما
لا يحتمل القسمة ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد لا الطاري حتى لو وهب شيا ثم رجع
في بعضه صح الهبة والعبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد حتى لو وهب مشاعا وسلم مقسوما
يجوز وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الاخر وسلمه جملة جازت الهبة او وهب
ثمرا في نخل او زرعا في ارض ثم سلم بعد ذلك مفرزا يجوز كذا في الذخيرة وشرح الطحاوي والايضاح
فعلى هذا قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة معدول عن ظاهره معناه لا يثبت الهبة
الملك فيما يقسم الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم وقعت جايزة ولكن غير مثبتة للملك
قبل تسليمه مفرزا وتوقف ثبوت الملك الى امر آخر لا يسمى ان العقد غير جايز كالبيع بشرط الخيار
قوله وقال الشافعي يجوز في الوجهين اى فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل وبه قال مالك
واحمد واحتجوا بقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فهذا
يقتضي ان الصداق لو كان عينا متنصف بالطلاق قبل الدخول وندب كل واحد من الزوجين الى ترك
الكل للاخر وذلك من كل واحد هبة في المشاع وبما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال سمعت النبي
صلى الله عليه وسلم وقد جاءه رجل معه كبة من شعر فقال اخذت هذه من المغنم لاصلح بها بردعة
فقال عليه الصلاة والسلام ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك وبما روى ان وفد هوازن لما جاوا
يطلبون من النبي عليه الصلاة والسلام ان يرد عليهم ما غنمه منهم فقال عليه الصلاة والسلام ما كان لي
ولبني عبد المطلب فهو لكم رَوَاهُ البخاري وهذا هبة مشاع ولان الشايع محل لما هو موجب هذا العقد
وهو الملك فيكون محلا للعقد اذ الشرط في محل اضيف اليه العقد ان يكون محلا لحكم العقد وقد
وجد ولهذا يجوز فيما لا يحتمل القسمة بالاجماع **قوله** كالبيع بانواعه اى من الصحيح والفاسد
والصرف والسلم وغيرها **قوله** قابل لحكم التمليك و**قوله** وكونه تبرعا الى اخره جواب
عن سوال مقدر وهو ان يقال البيع لا يفتقر الى القبض بخلاف الهبة فانه عقد تبرع ويحتاج الى
القبض فلو قلنا بجوازه في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة ولم يتبرع به فقال كونه عقد
تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية فانه لو دفع الفا الى رجل على ان يكون نصفه قرضا ويعمل في
النصف الاخر بشركته يجوز ذلك مع ان القبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط القسمة وكذا
الوصية تبرع بعد الموت والشيوع لا يمنعه وكذا القبض شرط في البيع الفاسد عندكم ثم انه يصح
في الشايع وكذا في بدل الصرف وراس مال السلم فان القبض شرط والمشاع يصلح راس مال السلم او
بدل الصرف وكذا يصح في المشاع الذي لا يحتمل القسمة مع ان القبض شرط **قوله** ان القبض
منصوص عليه وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة فيراعى وجوده على الكمال
كشرط استقبال القبلة في الصلاة لما كان منصوصا عليه يشترط الكمال فيه حتى لو استقبل الحطيم لا يجوز
صلاته لانه من البيت بالسنة وهذا الا انه ثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون
الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة
وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه
من وجه فتمام الحيازة بالقسمة فيما يحتمل القسمة لانها افراز في مكان عين ولا سبيل الى ذلك الا بالاجتماع
ولا اجتماع الا بالحيازة فما لم يجتمع لا يصير محوزا على الحقيقة في يده وذلك اى المجتمع في ملكه غير

موهوب لانه غير مشاع والموهوب مشاع فيمتنع تمام الحيازة لما هو له ولان ما للغير غير
يحوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازه في حق ملك الغير وحقه لا يصير يحوز الا بغيره صارت
الحيازه ناقصه فلا ينهض لافاده الملك ولان في تجويزه اي في تجويز عقد الهبة في المشاع التزامه
اي للواهب المتبرع شيا لم يلزمه فيصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان على المتبرع لانه لو
ملك قبل القبض لطالبه بالتسليم اليه وكذا لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع
سببا لوجوب الضمان على المتبرع لانه لو ملك قبل القبض لطالبه بالتسليم اليه وكذا لو ملكه قبل
القسمه لطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع
بخلاف ما لم يقسم لان القبض لا يتصور فيه الا ناقصا فيكتفي به لانا لو اعتبرنا الكمال فيه لانسد
باب الهبه فيه اما فيما يحتمل القسمه فيتصور التسليم فوقه فلا يكتفى بالقاصر منه و **قوله**
والمهاياة الى اخره جواب سوال يرد على قولنا انه يلزم في جوازه مونة القسمه وهو لم يتبرع به
وهو ان يقال ينبغي ان لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة لانه يلزم المهاياة وهو لم يتبرع به فقال
المهاياة يلزمه في المنفعه لا في العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بل هو من ضرورات
الاشاع بملكه ولا يرد على هذا ما لو اتلف الموهوب بعد التسليم حيث يضمن قيمته للموهوب له
لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمه ههنا وان كان بالملك فذلك
الملك حكم الهبة فلا يمتنع اضافة الضمان الى الهبة كما ان شرا القريب اعتاق وان كان العتق بسبب
الملك لان ذلك الملك حكمه كذا في المبسوط وهذا التعليل لا يمشي في جميع الفصول ذكره في المبسوط
واجيب بان وجود العلة يراعى في جنس الحكم لا في كل صورة واليه اشار في الكتاب بقوله لان
الحكم يدار على نفس الشيوع **قوله** فالقبض فيها اي في العقود الثلاثه غير منصوص عليه لان
النص جا باشتراط القبض فيها اما قوله عليه الصلاه والسلم يدا بيد لبيان التعيين
الا ان التعيين في الثمنين لا يحصل الا بالقبض وكذا في السلم قبض راس المال للاحتراز عن الكالي بالكالي
فاذا لم يكن منصوصا لا يشترط كماله بل يراعى وجوده فقط لان القبض فيها شرط بقا العقد على الصحة
لا شرط الابتدا والبقا اسهل من الابتدا **قوله** تبرع من وجه بدليل انه لا يصح ممن لا يصح منه
التبرع كالصبي والعبد وعقد ضمان من وجه بدليل ان المستقرض مضمون بالمثل فلا بعد ان يتعلق به
ضمان المقاسمة فلشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة
عملا بالشبهين ولان شرط القبض فيه غير منصوص عليه ليراعى وجوده على اكمل الجهات كذا في المبسوط
واما الجواب عن الاية ان المعقول حقيقته وذلك في الدين دون العين واسقاط الدين جايز مشاعا
كان او غير مشاع لانه غير محتاج الى القبض ثم في العين كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا ولكن
بطريقه وذلك بان يهب نصيبه لصاحبه بعد القسمه وليس في الاية ما يمنع ذلك وكذا الجواب
عن حديث وفد هوازن يعني ما كان لي ولبني عبد المطلب بعد القسمة لكم مع ان هذا امتناع عن تمام
الملك بالقبض وعن حديث الكبة الشعر انما قال ذلك عليه الصلاه والسلم على وجه المبالغه في النهي
عن الغلول اي لا املك الا نصيبي نكيف اطيب لكم هذه الكبة من الغنيمة الا ترى انه لا يصح لواحد
من الغانمين ان يهب نصيبه قبل القسمه لانه لا يدري اين يقع نصيبه وكان ذلك مما لا يحتمل القسمة
فان الكبة من الشعر اذا قسمت بين جمع عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به واما الجواب عن
قياسه بالبيع وغيره فقد ذكرنا الفرق بين الهبة وغيرها فلا يصح القياس مع وجود الفارق المانع
عن القياس اليه اشار في المبسوط والاسرار **قوله** لان الحكم يدار على نفس الشيوع وهذا في

الحقيقه

الحقيقه جواب عن قول ابن ابي ليلى فان عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمه يجوز في الشريك لعدم
استحقاق ضمان القسمه على المتبرع فقلنا ان الحكم يدار على الشيوع فلا يلزم وجود حكمه الحكم في كل
الصور او لعدم جواز الهبة في المشاع سببان احدهما استحقاق ضمان القسمة والثاني ان القبض
ناقص في الشايع ولهذا قلنا ان التعليل بنقصان القبض يمشي في كل الصور **قوله** فالهبة فاسدة
وفي النهاية لفظ الفساد ههنا معدول عن ظاهره بل معناه الهبه لا تثبت الملك كما ذكرنا في اول
المسلة ومعنى قوله جاز اي يثبت الملك حينئذ ثم في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعا هل يضمنه
الموهوب له عند الهلاك ذكر ابن رستم انه يضمن ولا يفيد الملك وبه اخذ الطحاوي وقال
عصام يفيد الملك ولا يكون مضمونه في يده وبه اخذ بعض المشايخ كذا في فتاوى قاضي خان **قوله**
لان الموهوب معدوم والعقد المضاف الى المعدوم لغو فلا ينعقد العقد الا بالتجديد **فان
قيل** الدهن ان لم يكن موجودا في السمسم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسمسم
مطلقا بلا اشتراط ان يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم ويجوز بيعه بالاعتبار فدل ان الدهن
موجود فيه **قلنا** حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه اخر المدارين الا انه لا بد من
وجود الدهن لا محالة فيثبت شبهة بيعه بالسمسم قبل العصر والشبهه كالحقيقة في باب
الربا ولكن لا يكفي لصحة الهبة **فان قيل** على هذا ينبغي ان لا يجوز البيع بالاعتبار
ايضا لان العقد لا ينعقد الا في الموجود **قلنا** هذا لا يلزمنا لان كل واحد من الدهن والسمسم
موجود فلا يكون بيع الموجود بالمعدوم وفيه نوع تامل بخلاف ما تقدم وهو المشاع فانه
ينقلب العقد جايزا لان المشاع موجود وقت العقد ويتصور القبض منه لكن لا على سبيل
الكمال ولهذا يصح بيعه بالاجماع **قوله** وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم الى
قوله بمنزلة المشاع يعني لا يجوز كما في المشاع ويجوز عند الائمة الثلاثة ثم عندنا اذا حلب اللبن وجز
الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له يملكه استحسانا كما في المشاع اذا وهبه وسلمه وكذا لو قطع التمر له
والزرع وسلمها لان امتناع الجواز للاتصال لا لكونها معدوما ثم بدليل ان الصوف على ظهر الغنم
واللبن في الضرع محل للتمليك حتى يجوز الصلح عليه عند ابي يوسف وباعتبار كونه بمنزلة الشايع
وبالفصل ينعدم الشيوع كذا في المبسوط وفي الذخيره الاصل في جنس هذه المسايل ان اشتغال
الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض والقبض الناقص يمنع صحة الهبة كما في المشاع عندنا وذلك
لان الموهوب ما دام مشغولا بملك الواهب كان يد الواهب قايمة عليه وقيام يده عليه يمنع تمام
يد الموهوب له فيمنع تمام قبضه فاذا ثبت هذا لو وهب دارا فيها متاع الواهب او وهب جرابا او
جوالقا فيها طعام الواهب فالهبه غير تامة فيقع فاسدة ولا معتبر بالشغل وقت العقد اذا وقع التسليم
فارغا مفرزا ولعتبر الاذن بالقبض بعد التفريغ ولا يكفي قوله سلمها اليك مع الشغل اما لو وهب ما
في الدار وما في الجوالق والجراب من الطعام فالهبة تامة لان الموهوب ههنا شاغل لملك الواهب
وليس بمشغول بملكه وذلك لا يوجب يدا للواهب اكثر ما فيه ان يد الواهب قايمة على الدار والجوالق
والجراب من الطعام فالهبه تامة لان الموهوب ههنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه وذلك لا
يوجب يدا للواهب اكثر ما فيه ان يد الواهب قايمة على الدار والجوالق والجراب والمتاع والطعام
فيها الا ان هذه الاشيا تابعة واليد تحفظ ما فيها وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الاصل
ولا كذلك المسله الاولى ونظيره ما لو وهب جارية وعليها حلي فوهبها دون حليها وسلمها فالهبه فيها
تامة وكذا الدابة وعليها سرج او لجام او وهب السرج واللجام دون الدابة **قوله** واذا كانت

العين في يد الموهوب له ملكها ولا يعلم فيه خلاف والاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما
عن الاخر لان التجانس دليل التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد عن الاخر واذا تغايرا ناب الاعلى
عن الادنى لان في الاعلى ما في الادنى وزيادة فوجد القبض المحتاج اليه وزيادة شي والادنى
لا ينوب عن الاعلى لان الادنى مع الاعلى قدر بعضه والمحتاج اليه كله ولم يوجد فلا ينوب وهذا
معنى قولهم ومتى اختلف القبضان ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون
فعلى هذا لو كان في يده وديعة او عارية او امانة فوهبه منه تملكه ولا يحتاج الى قبض اخر ولو
باعه منه لا ينوب هذا القبض عن قبض البيع لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كذا في شرح
الطحاوي والذخيره وذكر ابو نصر في شرحه لو كان مضمونا في يده بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن
قبض الواجب بالهبة ولا بد من تجديد القبض ولو كان مضمونا في يده بالقيمة والمثل كالمقبوض
على سوم الشرا والمغصوب فوهب له ثبت الملك ولا يحتاج الى تجديد القبض لوجود اصل القبض
وزيادة والقبض الجديد ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن من قبضه **قوله** ولو
ولو وهب لابنه الصغير الى اخره وفي المبسوط وهب لابنه شيا معلوما في يده جاز ذلك وقبض الاب
يكفي فيه بلا قبول الاب والاشهاد عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثه بعد موته او بعد ادراك
وفي الذخيره صح الهبة من غير قبول الاب اذ كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالايجاب كبيع الاب
ماله لابنه الصغير لانه في قبض الاب اي الموهوب في قبضه فينوب عن قبض الابن الصغير لانه
في قبض الاب اي الموهوب في قبضه فينوب عن قبض الابن الصغير ولا نعلم فيه خلافا وقال ابن
عبد البر اجمع الفقها على ان هبة الاب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض جديد اما هل
يحتاج الى القبول لابنه قال الشافعي والقاضي الحنبلي لابد ان يقول بعد قوله وهبته له
قبلته وظاهر مذهب احمد لا يحتاج الى هذا كقولنا وقال مالك لو وهبه ما لا يعرف بعينه
كالاثمان لا الا ان يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الاثمان وغيرها **قوله**
لان يده اي يد المودع كيده اي كيد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التي هي قائمة
مقام يده **فان قيل** لو وهب الوديعه من المودع يجوز فلو كانت يده كيد المودع لم يكن
قابضا لنفسه **قلنا** اليد للمودع حقيقة فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضا لنفسه بحكم
يده ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التملك بالهبة
فاما بعده فهو عامل لنفسه **قوله** لانه في يد غيره اي غير الاب فلا ينوب قبض المرتهن
والغاصب عن قبض الهبة للولد وقوله لانه في يده كلام تام باسم ان وخبره او في ملك غيره اي
اي الموهوب في ملك غير الاب اي في البيع الفاسد فلا ينوب قبض المشتري بالشرا الفاسد عن
قبض الهبه للولد وفي الذخيره ارسل غلامه في حاجة ثم بعد الارسال وهبه صحت الهبة اذ بعد
بعد الارسال في يد مولاه حكما فلو لم يرجع العبد حتى مات الاب فالعبد للولد ولا يصير ميراثا
وكذا لو وهب عبدا آبقا له من ابنه الصغير فما دام مترددا في دار الاسلام يجوز الهبه والا
قابض له نفس الهبه وفي المسعى عن محمد لو وهب داره لابنه الصغير وفيها ساكن باجر لا يجوز ولو كان
بغير اجر يجوز اذ يد الساكن باجر يمنع قبض غيره فيمنع تمام الهبة وبغير اجر لا يمنع فلا يمنع تمام الهبة
قوله وكذا كل من يعوله كالاخ والعم والاجنبي اي قبض الهبة يصح لاجل اليتيم كل من يعوله
وعند الايمة الثلاثة اذا وهب للصبي غير الاب من الاولياء لابد ان يوكل من يقبله له ويقبضه له
ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز ان يوجب

ويقبل ويقبض لكونه يجوز ان يبيع لنفسه قال ابن قدامه الحنبلي والصحيح عندي ان الاب وغيره في
هذا سوا كقولنا لانه عقد يجوز ان يصدر منه ومن وكيله فجاز له ان يتولى طرفيه كالاب بخلاف البيع
فيكون عاقدا لنفسه وفي النهاية اطلق في الكتاب فقال يصح من كل من يعوله ولكن ذكر في الايضاح اذا
كان الاب او وصيه او الجد او وصيه في الحياة لا يجوز قبض غيرهم ممن يعوله من الاجنبي او ذي رحم
محرم لان ولاية التصرف لهولا الاربعة فقيام ولاية من يملك التصرف في ماله يمنع ثبوت حق القبض له
لغيرهم فان لم يكن احد من هولا الاربعة جاز قبض من في عياله لانه اذا كان في عياله فله عليه ضرب
ولاية ولهذا يؤدبه ويسلمه في الصناعة وله حق الحضانة ولا يجوز قبض من ليس في عياله وان كان ذا
رحم محرم لفوات الولاية وبه قالت الايمة الثلاثة وعندهم يجوز للحاكم او امينه بامره ان يقبض
للصبي **قوله** وهو اي الصبي من اهله اي من اهل تصرف يتمحض نفعا له وفي المبسوط هذا
جواب الاستحسان وهو قولنا اما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وان كان عاقلا وهو قول
الشافعي لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ لان ولاية الغير عليه لا تزول عنه قبل البلوغ خصوصا
فيما يمكن تحصيله بفعل الغير لان اعتبار عقله للضرورة ولا ضرورة فيما يمكن تحصيله بفعل الغير
وفيما لا يمكن تحصيله بفعل الغير كاسلامه واختياره احد الابوين ووصيته يعتبر عقله لدفع
الضرر عنه وجه الاستحسان ان عدم اعتبار عقله للنظر ودفع الضرر عنه وذلك فيما كان مترددا
بين النفع والضرر اما في المنافع المحض يعتبر عقله ويلحق بالبالغ كما في كسبه للمباحات وبه قال
احمد وفي روايه عن احمد ان قبضه باذن الولي صح قلنا يصح قبضه بحضور الاب وبغير حضوره
لانه يفتح عليه باب ما في تحصيل هذه المنفعه ولهذا يملك بعض الاب ايضا **قوله** بعد
الزفاف لان قبل الزفاف لا يكون له عليها يدا مستحقه وبعده يكون له عليها يدا مستحقه لانه
يعولها فقد ذكر الزفاف في الكتاب وذكر في الايضاح الدخول وفي الذخيره وشرط في قبض
الزوج على زوجته الصغيره ان يكون يجامع مثلها حتى لو لم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها
عند بعض اصحابنا والصحيح انه اذا كان يعولها يصح قبضه عليها يجامع مثلها او لا لانه لما زفت
اليه اقام الاب الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبه من باب الحفظ ولكن
لهذا لا يمتنع ولايه الاب حتى اذا قبض الاب صح ايضا لقيام ولايته وليس هذا كالصغير سلمه ابوه
الى اجنبي يعوله لانه لا يثبت له عليه استحقاق اليد ولا كذلك الزوج ولو ادركت لم يجز قبض
الزوج والاب لانها صارت وليه نفسها حين بلغت عاقله كذا في المبسوط في الصحيح متعلق بقوله
ويملكه اي الزوج مع حضره الاب وهذا احتراز عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل المسالة
ان قبض الزوج انما يصح اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكر في الحاكم في مختصره وبقوله لا بعوض
الاب بحرز عن تصرف الزوج لما ذكرنا ان ولاية الزوج بتفويضه امورها دلالة اليه اما قبض
غير الاب عليه انما يصح للضرورة ولا ضروره عند حضور من له ولايه عليه كذا في المبسوط **قوله**
وان وهب اثنان لواحد الى اخره لا خلاف فيه لاحد **قوله** وقالا اي ابو يوسف ومحمد وبه
قالت الايمة الثلاثه كما اذا رهن من رجلين يعني رهن داره من رجلين مشاع لا يحتمل القسمة ولان الشيوع
انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمانا
وابو حنيفه يقول وهو قول زفر ان هذه هبة النصف ولهذا اثبت الملك في النصف لهذا وفي النصف
لهذا بالاجماع ومتى ثبت الملك لهما شايعا ثبت ان التمليك وقع شايعا اذ الملك حكم التمليك ومتى حكمنا
بثبوت الملك في النصف لهذا وفي النصف لهذا فقد حكمنا بانه تمليك النصف من هذا والنصف من

هذا نفذ تحقق الشيوع وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة وصار كما لو وهب النصف
لكل واحد بعقد على حدة **فان قيل** الملك يحصل بالتسليم ولا شيوع فيه دون القبض
والملك يتعلق بالقبض لنفي الضمان عن المتبرع فوجب ان يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض
قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال ولانه طريق للقبض
فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم كذا في المبسوط والايضاح **قوله**
ولهذا لو كانت اي الهبة فيما لا يحتمل القسمة فقبل احدهما صح وان لم يقبل الاخر بخلاف ما اذا باع
من اثنين فقبل احدهما حيث لا يصح **قوله** بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويتصور ان يكون
ملك الحبس ثابتا لكل واحد على الكمال اذ لا تضايق في الحبس فيجوز ان يكون العين محبوسا بحق
هذا على الكمال وبحق هذا على الكمال بخلاف ملك العين فانه لا يتصور اثباته لكل واحد على
الكمال وبخلاف الاجارة من رجلين فانها جائزة عنده مع ان اجارة نصف الدار ما طلة لان المانع
ثمه استحقاق عود المستاجر الى يد الموجر في مدة الاجارة بحكم المهاياة وذا لا يوجد في الاجارة
من اثنين ولهذا جاز اجارة احد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة ولان المانع من اجارة المشاع
تعذر استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة من اثنين وعدم
جواز الهبة من اثنين باعتبار نقصان القبض بسبب الشيوع لا باعتبار ضمان المقاسمة على المتبرع
والدليل على انه لا اعتماد هنا على اسقاط ضمان المقاسمة على المتبرع والدليل على انه لا اعتماد هنا
على اسقاط ضمان المقاسمة عن الواهب ان اثنين لو وهبا لاثنين على ان يكون نصيب احدهما لاحدهما
بعينه ونصيب الاخر للاخر بعينه لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين ضمان المقاسمة كذا في المبسوط
وغيره **قوله** حتى ان ابا حنيفة فرق اي ابو حنيفة في رواية الجامع بين الصدقة والهبة في الحكم
حيث جوز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين وفي الاصل اي المبسوط سوى حتى لم
يجوز الصدقة على محتاجين مطلقا بقوله وكذلك الصدقة اي لا يجوز الصدقة على رجلين عنده كما لا
يجوز الهبة والظاهر ان المراد الصدقة على الفقيرين وكان لفظ الصدقة ههنا حقيقة قال
الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة
لان فعل الهبة للفقير صدقة والصدقة على الغني هبة والاظهر ان في المسألة روايتين ووجه
رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض كالهبة وقبض كل واحد يلاقي شائعا فلا يتم به الصدقة
كما لا يتم به الهبة **قوله** على هذه الرواية اي رواية الجامع الصغير ان الصدقة يبتغى بها الله تعالى
ولهذا لم يكن فيها رجوع وانما للفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق الموعود وهو واحد لا شريك له
فلا يتمكن الشيوع فيها كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له فلا يمكن
الشيوع بخلاف الهبة الا ترى ان حمالة المتصدق عليه لا يمنع الهبة حتى اذا اوصى بثلث ماله على الفقرا
يجوز بخلاف ما لو اوصى لقوم لا يحصون من الفقرا وكذا اذا اوصى بعين لفلان وللفقرا فنصفه
لفلان ونصفه للفقرا باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقير **قوله** وقيل والمراد من المذكور في
الاصل الصدقة على غنيين وكان لفظ الصدقة حينئذ مجازا عن الهبة فعلى هذا التاويل لا مخالفة بين الروايتين
فلا يحتاج الى الفرق **قوله** وقال محمد يجوز وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** عن ابي يوسف
فيه روايتان وفي الذخيرة والايضاح وغيرهما حاصل هذه المسائل عند ابي يوسف هو ان وهب لرجلين
واجمل ثم فصل بالصاد المهملة وكان تفصيله على طريق التفاضل كالثلث والثلثين لا يجوز عنده ولو فصل
وسوى النصيبين يجوز عندهما خلافا لابي يوسف ولو ابتدا بالنصف من غير سابقة الاجمال بان قال

وهبت لهذا نصفها ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف ولكن ذكر في الكتاب عن ابي يوسف روايتان
اما لو فصل ابتدا على طريق التفاضل لم يذكر في هذا الكتاب فينبغي ان لا يجوز عندهما كما لو فصل
ابتدا وسوى بين النصيبين على ما ذكره في عامة النسخ **قوله** فابو حنيفة مر على اصله وكذا
محمد لان هذه هبة واحدة من رجلين نص على التفاضل او التساوي او لا الا ترى ان في البيع من
رجلين يجعل معا واحدا منهما نص على التفاضل او لا فكذا ههنا وابو يوسف يقول انما جوزنا
الهبة لاثنين على تقدير انه لم يقصد به اثبات الحكم في الابعاض فاذا نص على الابعاض على التفاوت
علمنا ان قصده اثبات الحكم في البعض لهذا والبعض لهذا فيدخل فيه الشيوع ولهذا جوزنا الرهن
من اثنين عند عدم التعرض للابعاض واذا تعرض بان قال رهنتها هذا الشي على ان يكون النصف
رهنا عند هذا والنصف الاخر عند هذا كان فاسدا الا ان بالتفصيل يتفرق العقد فكذا ههنا
اما اذا نص على التناصف فقد امكن تصحيح العقد بجعل هذا بيانا عن موجب العقد لان مطلق العقد
يقتضيه فلا يكون حالة التفصيل مخالفا لحالة الاجمال فيصير التفصيل لغوا فلا يختلف العقد
فلم يعتبر شيوعا في العقد بخلاف ما اذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد لان المفصل
يخالف الاجمال فيجب اعتباره فيتفرق العقد وفي الاسرار وكلام محمد اوضح لان افتراق الملك
في الهبة ثابت بنفس العقد ههنا ولا عبرة بالتفصيل كما لو قال نصفين وانما جئت بالتفصيل
الفاصل في النصيب والمبطل للهبة نفس الشيوع لا الشيوع بالنصيب بمقاديره وما اختاره في المبسوط دليل على اختياره قول محمد وفي النهاية في تعليل ابي يوسف في قوله ان التنصيص بالابعاض
يظهر الى اخره نوع اخلال حيث لم يعلم بما ذكر ما فيه موضع خلافه من الابعاض وما فيه خلاف من
الابعاض فانه لو نص على الابعاض يطرق التنصيص بعد الاجمال كما لو قال وهبتها لهذا نصفها ولهذا
نصفها فهو جائز على ما ذكر في الاسرار والذخيرة والايضاح وانما لا يجوز عنده التنصيص بالابعاض
اذا لم يتقدمه اجمال وفي التنصيص بالابعاض على التفاضل غير مشروط بتقدم الاجمال وانه لا يجوز
عنده وفي التتف هبة رجل من رجلين على اربعة اوجه احدها ان يكون العقد مختلفا والقبض
مختلفا وثانيها ان يكون العقد متفقا والقبض مختلفا وكلاهما لا يجوز وثالثها ان يكون
العقد مختلفا والقبض معا ورابعها ان يكون كلاهما معا بان يقولا قبلناها وقبضناها فهما لا
يجوز عند ابي حنيفة خلافا لهما وهبة العين الواحد لاثنين من اثنين لا يجوز عنده خلافا لهما ولو
كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافا لهما قال صاحب المجتبى وفيه نظر ولو وهب لابنه صغير
وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض وفي الكافي وهب متاعا في داره وطعاما في جرابه وسلمهما
بما فيه صحت الهبة في المتاع والطعام وبالعكس لا يجوز لان الموهوب مشغول بملك الواهب فيمنع
صحة الهبة بخلاف ما لو كان شاغلا لا يمنع التسليم فيصح كالهبة ففي الفصل الاول الموهوب
شاغل لا مشغول لان المظروف يشغل الظرف وفي الثاني الموهوب مشغول بملك الواهب لان
الظرف لا يشغل المظروف ولو وهب الدار ولم يسلم حتى وهب المتاع او وهب نصف دار ولم يسلم حتى
وهب النصف الاخر وسلم الكل جملة صحت الهبة بلا خلاف وصار كانه وهب الكل جملة بخلاف ما
اذا تفرق التسليم ولو وهب زرعا في ارض او ثمرا في شجر او حلية سيف او بناء دار او قفيزا من صبرة
وامره بالحصاد والجداد والنزع والنقض والكيل ففعل صح استحسانا وجعل كانه وهبه بعد الحصاد
والجداد ونحوهما وان لم يأذن له بالقبض ففعل ضمن لانه افسد ملك غيره ولو وهب دارا بمتاعها
ثم استحق المتاع صحت الهبة في الدار لانه بالاستحقاق ظهر ان يده في المتاع يد غاصب وصار كما لو

غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار او اودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فانه يصح
ولو وهب ارضا وزرعا وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الارض لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال
كشي واحد فاستحقاق احدهما كاستحقاق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي •

باب الرجوع في الهبة

لما ذكرنا ان الهبة غير لازم
حتى يصح الرجوع فيها احتاج الى بيان مواضع الرجوع **قوله** هبه لاجنبي فله الرجوع اي
اذا لم يكن شي من الموانع التي ذكرها وهذا بعد التسليم اذ قبل التسليم له الرجوع في كل المواضع
ثم عند الشافعي لا رجوع في الهبه الا للوالد فيما يهب لولده وبه قال مالك واحمد في ظاهر مذهبه
ثم في هبه الوالد لولده عن احمد في روايه لا يرجع وعن مالك اذا رغب راغب في مواصلة الولد
بسبب المال الموهوب بان زوج لاجله او جهز لا بنيه لا رجوع فيه وكذا اذا اسقع الولد به
وفي غير ذلك له الرجوع وللشافعي في غير الاب من الاصول قولان احدهما لا رجوع لان
الخبر ورد في الاب واصحهما انهم كالاب كما انهم كالاب في حصول العتق ووجوب النفقة وسقوط
القصاص وعن مالك انه لا رجوع لهم سوى الام وقال احمد لا رجوع لها ايضا فاما غير الاصول من
الاقارب كالاخ والعم وساير الاقارب كالاجنبي للشافعي قوله
عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب الحديث وفي روايه لا يحل لواهب الحديث وقال الترمذي
روى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس لاحد ان يعطي
عطية ثم يرجع فيها الا الوالد فيما يعطي لولده وقال حديث حسن وقال عليه الصلاة والسلام
العايد في هبته كالعايد في قيئه ولانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد
المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع فيما بين
الوالد والولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه فلم يتم التمليك كما في الزكاة
اليه اشار في الاسرار والمبسوط **قوله** ولنا قوله عليه الصلاة والسلم الواهب احق بهبته
الى اخره ولا يقال المراد منه قبل التسليم فلا يكون صحيحا لانها تكون هبة حقيقة قبل التسليم لانه عليه
الصلاة والسلم جعله احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيه حق واضافها الى الواهب باعتبار انها
كانت له كما يقال اكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولكن هذا لا يكون الزاما على المالك
لان القبض غير مشروط عنده لثبوت الملك ولان المقصود بالهبة التعويض والمكافاة عادة في
الاجانب ومنه الايادي قروض **قال** قايلهم • واذا جوزيت قرضا فاجزه • انما يجزي الفتى
ليس الجمل • اي الجاهل يعني انما يجازي العاقل لا الجاهل والجمل مثل في البله ذكره في المغرب وقد
تايدت العادة بالشرع قال عليه الصلاة والسلم تهادوا تحابوا والمعروف كالمشروط والتفاعل
يقتضي وجود الفعل من الجانبين **قوله** والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع من غير قضا ولا
رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته بلا قضا ولا رضا وسمي ذلك رجوعا
باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا او المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروة ولهذا اجا في اكثر الروايات
بلفظ لا يحل وكان بمنزلة قوله عليه السلم لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعان وجاره
الى جنبه طاويا اي لا يليق ذلك ديانة ومروة وان كان جايزا في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب وهكذا
نقول لا يليق الرجوع ديانة ومروة فيكون مكروها الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلم العايد في
هبته كالعايد في قيه وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمه الرجوع كما زعم الشافعي
الا ترى انه قال في رواية كالكلب يقي ثم يعود في قيه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول

سول
انه يستقبح ويويد ما ذكرنا حديث عمر حين اراد شرى فرس حمل عليه في سبيل الله فسال عن ذلك رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلم لا تبتعه وان اعطاك بدرهم فلما كان هذا القول
موجبا حرمة ابتياع ما تصدق به فكذلك هذا الحديث لم يكن موجبا حرمة الرجوع في الهبه اليه اشار
في الاسرار والمبسوط ثم للرجوع موانع ذكر بعضها في القدوري وقيل الموانع سبعه جمعها العالم في قوله
ومانع من الرجوع في الهبه يا صاحبي حروف دمع خزقه • فالدال الزيادة والميم موت الواهب او
الموهوب والعين العوض والخا الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجيه والقاف القرابه
والها هلاك الموهوب احدها قبض العوض لما روينا ولان حق الرجوع كان لخلل في مقصوده وقد
عدم ذلك بوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيبا فيزول العيب قبل ان يرده وثانيها
الزيادة المتصلة كالغرس والبنا والسمن وبه قال احمد في روايه ومالك في روايه لا يمنع الرجوع في
هبه الوالد لولده كالزيادة المنفصله وبه قال الشافعي بناء على انها زيادة في الموهوب فلا يمنع الرجوع
كالزيادة قبل القبض والزياده المنفصله وقيد بالزيادة لان النقصان لا يمنع بالاجماع وقيد
بالمتصله لان المنفصله لا يمنع الرجوع بلا خلاف وفي الذخيره لو ولدت الجاريه بعد الهبه يرجع فيها
دون الولد وقال ابو يوسف انما يرجع فيها اذا استغنى الولد عنها والمراد بالزيادة في نفس الموهوب
له شي يوجب زيادة في قيمته اما لو زاد في نفسه ولا يوجب ذلك زيادة في قيمته كما لو طال الغلام
لا يمنع اذ تلك الزيادة يوجب نقصانه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا يمنع ايضا
وكذا الحكم في جميع الحيوانات وغير ذلك ذكره في المحيط **قوله** لعدم دخولها اي الزيادة
في العقد وليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع
الرجوع اصلا **فان قيل** حق الرجوع ثابت في حق الاصل فيسري الى اوصافه **قلنا** ثبوت
الحكم في البيع ثبوته في الاصل لانه عرض قايم بالواهب وليس بوصف للمحل ولا يقال الملك لا يوصف
اللزوم من اوصاف الاصل لان العدم ليس بشي حتى يعد من اوصافه كذا قيل وفي الذخيرة الزياده من
حيث السعر لا يمنع لانها ليست بزيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس والعين على حالها ولو علمه القران
او الحرفة او اسلم او قضا دينه فهذا لا يمنع الرجوع عند ابي حنيفه وزفر لانها ليست بزيادة في العين
كالسعر وعند ابي يوسف ومحمد واحمد يمنع لانها زيادة معنويه وهذا بخلاف الرد بالعيب في المبيع
فان الزياده المتصله لا يمنع الرد والمنفصله يمنع لانه لو رد الولد لا يمنع اما ان يرده مقصودا او تبعا
لا امه فلا وجه للاول لان الرد فسخ العقد والفسخ انما يرد فيما يرد فيه العقد والعقد لم يرد في الولد ولا
وجه لفسخه تبعا لان الولد بعد الانفصال ليس بتبع للام حقيقه ولا حكما فان شيا من احكام البيع لا
يثبت في الولد الحادث بعد القبض ولا وجه لفسخ العقد في حق الاصل دون الولد لان الولد يبقى من دون
لانه متولد منها والمتولد من الشي يحدث على صفة الاصل كالمتولد من المدبر والمكاتب وما يكون مبيعا
من كل وجه لا يسلم للمشتري بعد الفسخ مجانا لانه ربا فكذا ما يكون مبيعا من وجه وهنا هكذا بعد الفسخ
في الاصل فان الولد يسلم للمشتري مجانا في ضمن البيع وهو عين الربا وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في
الهبة لعدم لزوم الربا اما الزياده المتصله تمنع الرجوع في الهبة لان الزياده غير موهوبه فلا يمكن الرجوع
فيها بطريق الفسخ لعدم رضى الموهوب له في الرجوع بخلاف رد المبيع مع الزياده المتصله لان من له الحق
في الزيادة وهو المشتري راض بكون الزياده تبعا للاصل لانه هو الذي يرده بدون اختيار البايع اليه
اشار في الذخيره والايضاح ولو اختلفا في الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد وعند زفر
القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب في الرجوع **قوله** اذا ما اوجه اي ما اوجب الملك

للموهوب له فلا يكون له حق الرجوع بالنص لانه اوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب
ولانه ربما كان غرض الواهب اظهار الجود والسخا ورجوع الوارث سطل عليه ذلك وعند
الايمة الثلاثة في هبة الولد يمنع الرجوع اذا خرج عن ملك الولد ببيع او هبة او وقف او
ارث او غير ذلك كما هنا لانه اي خروج ملك الموهوب عن ملك الموهوب له حصل بتسليط
الواهب فلا ينقضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود ولان تبدل الملك كتبدل
العين وقد تبدل الملك بتجدد السبب ولو وهب لمكاتب رجل ثم عجز المكاتب فليس له ان يرجع فيها
عند محمد لان هذه هبة للمكاتب وكان حقيقة ولهذا كان حق القبول للمكاتب وكان ملكا له ولهذا
يتصرف فيه تصرف الملاك وبالعجز انتقل ملكه الى مولاه فصار كانه اعطاه الى انسان اخر وعند
ابي يوسف له الرجوع لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه وللمولى من وجه وبالعتق يصير ملكا
له من كل وجه وبالعجز لسيده من كل وجه ثم اذا اعتق له ان يرجع فكذا اذا عجز ولو وهب دارا
او قبضها فباع نصفها له الرجوع في الباقي **قوله** او آريا الاري هو المعلف عند العامة
وهو مراد الفقها وعند العرب الاري وهي عروة حبل يشد اليها الدابة في محبسها فاعول من
تأرّى بالمكان اذا اقام فيه كذا في المغرب **قوله** وكان ذلك زيادة الواو للحال اي
وقد كان وفي الذخيرة وان كان ذلك لا يعد زيادة كالاري او يعد نقصا كالتنور في الكاشانه
لا يمنع الرجوع وفي جامع اي اليسر وقوله وكان ذلك زيادة يريد بهذا ان بني وكان يعد ذلك
زيادة في الدار لان الزيادة في جانب الدار يعد زيادة في كل الدار فان القيمة يزداد بها
فيها كما لو كان في احدى عيني الجارية بياضا فزال يعد ذلك زيادة وان كان في موضع خاص
وفي الفتاوى قصر الثوب يمنع الرجوع وغسله لا ولو علق سلسلة او حبلا في المسجد او وضع
فيه بواري او بابا او حصص ليس له الرجوع لانها تترك عادة ولو وضع فيه حبا او علق
قنديلا له الرجوع والعمل والثقب في اللولوة ان كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع ولو وهب
عبدا صغيرا فشاخ ونقص قيمته سقط الرجوع لانه زاد في بدنه ولو ازداد قيمته بالنقل الى بلد
اخر يسقط بخلاف ما اذا غلا السعر في الهبة لذي رحم محرم لا رجوع فيها عندنا وبه قالت الايمة
وفي هبة احد الزوجين للاخر لا رجوع فيها عندنا وبه قال الشافعي ومالك واحمد في رواية وقال احمد
في رواية يرجع في هبة المراة لزوجها دون العكس **قوله** لقوله عليه السلام واذا كانت الهبة
لذي رحم الحديث قيل هذا قول عمر ذكره مالك في الموطا وقلنا هذا مما لا يعرف بالراي فقاله سماعا
وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه عليه الصلاة والسلم قال لا يرجع واهب في هبته لذي
الرحم المحرم **قوله** وقد حصل اي المقصود وكل عقد افاد مقصوده يلزم فان وهب لاخيه
او لاخيه القن يرجع وقال ابو يوسف ومحمد لا يرجع في الاولى لان الملك يقع لمولاه وهو اخوه ولابي
حنيفة ان الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى
انه احق به ما لم يفضل عن حاجته فلو اعتبرنا احد الجانبين يلزم ولو اعتبرنا الجانب الاخر لا يلزم
فلا يلزم بالشك في المسلتين **قوله** لان المقصود فيها اي هبة احد الزوجين للاخر الصلة لان
الزوجية نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين من غير حجب ويمتنع قبول شهادة
احدهما للاخر وكان المقصود بالهبة تحقق ما بينهما من معنى السكن والازدواج وفي الرجوع ايقاع
العداوة بينهما والنفرة والزوجية لمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاده
كما في بين القرابات كذا في المبسوط **قوله** بعد ما تزوج اي بعد ما تزوج ووهب وفي بعض

٢٩٨ النسخ بعد ما وهب وهو ظاهر فلا رجوع لانه علم انه لم يكن مقصوده العوض بخلاف ما لو تزوجها
بعد الهبة فانه يعلم ان مقصوده العوض لوقوع الهبة لاجنبية ولم ينل ذلك فله الرجوع وفي جامع
قاضي خان وهبت لزوجها ضيعة على ان لا يطلقها وقد تعلموا ما فطلقها قبله فالهبة باطلة وان لم يوقت
ثم طلقها فالهبة صحيحة لانه وفى بالشرط **قوله** خذ هذا عوضا الى اخره ولا خلاف فيه وفي
جامع قاضي خان وفتاواه صورة التعويض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض هبته بان يقول
الموهوب خذ هذا عوضا او جزاء هبتك او ثواب هبتك اما اذا وهب شيئا ولم يعلم الواهب
انه عوض هبته كان لكل واحد منهما الرجوع في هبته وفي المبسوط سوا كان الهبة شيئا قليلا او كثيرا
من جنس الهبة او من غير جنسها لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيه الربا وانما هو لقطع حق
الرجوع ويشترط شرائط الهبة في العوض من القبض والافراز لانه تبرع ولا بد ان يكون العوض من
مال غير الموهوب له حتى لو عوض شيئا من الموهوب بان كانت الهبة الف درهم والعوض درهم
واحد من تلك الدراهم لا يجوز وكذا لو كانت الهبة دارا والعوض بيت منها لا يجوز وعند زفر
يجوز لان ملك الموهوب له تم في الهبة بالقبض فالتحق بساير امواله ولنا ان المقصود لا يحصل
بهذا للواهب لانا نعلم يقينا انه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لان ذلك كان
سالما له فعلم ان قصده العوض الاخر **قوله** متبرعا ما هو قيد فان الحكم في غير المتبرع
كذلك حتى لو عوضه الاجنبي بامر الموهوب له او عوضه بشرط ان يرجع على الموهوب له
بطل الرجوع وانما ذكر هذا ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الاولى ولكن لو عوضه
بامر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه الا ان ضمنه الموهوب له صريحا بخلاف قضا الدين
فانه لو قضى دين اخر بامره يرجع عليه سوا ضمنه صريحا او لا والفرق ان الادا في قضا الدين
مستحق عليه فكان في الامر بالادا اسقاط المطالبة بمال مستحق فملك ما في ذمته فيرجع عليه
اما العوض في الهبة غير مستحق على الموهوب له فانما امره بان يتبرع عنه بمال نفسه والتبرع
بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان الا ترى انه فيما فوق هذا لا يرجع بالامر بدون
الشرط الضمان نحو ما اذا قال كفر يميني من طعامك وادِّ زكاة مالي فهذا اولى كذا في المبسوط
قوله لاسقاط اي لاسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين **قوله** والصلح اي الصلح عن
دم العمد او كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط الدين عن
المديون ذكره في المبسوط هذا مثله لانه بدل ماله لاسقاط حق فصح من الاجنبي كما صح
ممن عليه الحق **قوله** اعتبارا بالعوض الاخر وهو الهبة وهذا لان كل واحد منهما
صار مقابلا بالاخر كبيع العرض بالعرض فيرجع في نصف الهبة كالعكس ولنا انه اي الباقي يصلح
عوضا للكل من الابتدا والمستحق خرج من ان يكون عوضا فصار كانه عوضه ابتدا بهذا النصف
ولو كان كذلك لم يرجع في شي من الهبة فكذا ههنا وانما تمكن الخلل في رضا الواهب به وكان تاثيره
في اثبات الخيار له في العوض بين ان يرد الباقي ويرجع في الهبة وبين ان يمسك ما بقي ولم يرجع بشي كذا
في المبسوط وفي الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا في العقد لانها بيع وبيع مبادله فيتوزع
البدل على المبدل اما في مسلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على
العلل وان كثرت فلا يبطل شي من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة وبخلاف ما اذا
استحق بعض الهبة لان المعوض ما ملكه العوض الاجزاء فيعتبر حكم المقابلة في حقه اما الواهب فملك
الهبة ابتدا من غير ان يقابله شي فلم يعتبر معنى المقابلة وهذا جواب قياس زفر ولان للعوض شبه ابتدا

الهبه من حيث ان المعوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة من حيث انه ملكه مضافا الى الهبه فلشبهه
بالمبادلات اذا استحق الكل رجع في الهبه ولشبهه بابتدا الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في
شي من الهبه الا ان يرد ما بقي كذا في المبسوط **قوله** لان المانع خص النصف **فان قيل**
لما كان العوض لاسقاط حق الرجوع حتى يصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح ينبغي ان يعمل في
كله لان الاسقاطات لا تتجزى كما في الطلاق **قلنا** ان كان في العوض معنى الاسقاط لكن فيه
شبه اخر كما ذكرنا من شبهه الهبه وشبهه المبادلة فمن هذين الشبهين كان التعويض محتملا للتجزي
فاذا اضافه الى البعض اقتصر الحكم عليه وذلك لا يجوز ان يثبت حق الرجوع في النصف دون
النصف ابتدا كما لو وهبه النصف وتصدق عليه بالنصف كذا قيل واليه اشار في المبسوط
قوله الا بتراضيهما او بحكم حتى لو استردها بغير قضا ولا رضا كان غاصبا فلو هلك في يده
يضمن قيمته للموهوب له وقال الشافعي واحمد يجوز الرجوع بدون القضا او الرضا لانه خيار في
فسخ عقد فلا يفتقر الى القضا او الرضا كالفسخ بخيار الشرط وقلنا انه اي الرجوع مختلف بين العلماء وفي
اصله الرجوع وهو هكذا وقع في اكثر النسخ وفي بعض النسخ وهي في المغرب وهذا اي ضعف بالمد
خطا وانما هو الوهي مصدر وهى الحبل يهي وهيا اذا ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفا
لانه يحتمل ان يكون غرض الواهب العوض الدنياوي ويحتمل ان يكون غرضه ثواب الاخرة ويحتمل
ان يكون غرضه اظهار الجود والسماحة فعلى الوجهين الاخيرين ليس الرجوع لحصول مقصوده
وعلى الوجه الاول له الرجوع فلما تردد بين الامرين احتاج الى القضا ليترجح جانب الرجوع
على عدمه وكذا اختلاف العلما في جواز الرجوع وعدمه دليل على ان صحة حكم الرجوع ليس
بقطعي فلا بد ان يتصل بالقضا حتى يكون قطعيا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له
ولاية العامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما **قوله** كالرد بالعيب بعد القبض
الرجوع بالتراضي فسخا من الاصل وبه قال الشافعي واحمد وقال زفر الرجوع بغير القضا بمنزلة
الهبة المبتداة لعود الملك اليه بتراضيهما فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث فاشبه الرد بالعيب
بعد القبض بغير قضا وقلنا عقد الهبة وقع جايزا موجبا حق الفسخ وكان الواهب بالفسخ مستوفيا
حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق لان استيفا الحق لا يتوقف على القضا اذ حقه مقصور على العين
وفي مثله القضا وعدمه سوا كالاخذ بالشفعة وهذا لانهما فعلا دون القاضي عين ما امر
به القضا ان لو رفعا اليه وانما يكون التراضي موجبا ملكا مبتدا اذا تراضيا على سبب موجب
للملك كالهبه والصدقه والوصيه وههنا تراضيا على رفع السبب الاول وذلك لا يصلح
موجبا ملكا مبتدا بخلاف الرد بالعيب بغير القضا فان حق المشتري في عين الرد بل بالمطالبه
بالجزء الفايت ولهذا لو تعذر الرد يرجع بحصة العيب من الثمن واذا كان حقه في وصف السلامه
وكذا لو زال العيب قبل الرد لا يكون ولاية الرد فاذا لم يكن سليما وفات المشروط كان له ان لا
يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجبا الفسخ في حق الثالث على القضا لعموم
ولايته وقصور ولايتهما عليهما ولا يلزم على هذا الرد في المرض فانه لو رد في مرضه بغير قضا
يعتبر من الثلث ولو كان الرد بالتراضي فسخا من الاصل لا يعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضا
لان فيه روايتين وعن ابن سماعه في المسالة قياس واستحسان في القياس يعتبر وفي الاستحسان
من الثلث لانه تمليك مبتدا ولكن الرد في مرضه باختياره يتهم بالقصد الى ابطال حق الورثة عما
تعلق حقهم فلرد قصده جعل معتبرا من الثلث لا لانه تمليك مبتدا كذا في المبسوط **قوله**

وبصح في الشايع اي الرجوع يصح في الشايع الذي يحتمل القسمه بان وهب دارا ونحوها ورجع في
نصفها ولو كان الرجوع هبه مبتدا كما قال زفر ينبغي ان لا يصح وحيث يصح نعلم انه فسخ كذا في المبسوط
قوله فيظهر اي الفسخ في الرجوع على الاطلاق اي من كل وجه في الصورتين وهما بالرد
بالقضا والرضا بخلاف الرد بالعيب بعد القبض قيد به لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل
سوا كان بالقضا او الرضا **قوله** كما في العاريه حيث لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق على
المعير وهو اي الموهوب له غير عامل له اي للواهب فلا يرجع ويحرر به عن المودع فانه يرجع بما
ضمن على المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ و**قوله** والغرور الى اخره جواب عما قال
الشافعي انه يرجع على الواهب لانه غره بالهبه كالبايع اذا غر المشتري قلنا بمجرد الغرور لا يثبت
حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة اما نصا او في ضمن عقد المعاوضة حتى لو ضمن الواهب
سلامه الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب ذكره في الذخيره ولهذا لو وهب الغاصب
ما غصب او باع او تصدق او اجر او رهن او اودع او اعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب
له على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب ويرجع المستاجر والمرتهن ويرجع المشتري بالثمن
ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب كذا في الفصول الاستروشني وفي المبسوط
بمجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان من اخبر انسانا بامن الطريق فسلك فيه فاخذه اللصوص
لم يرجع على المخبر بشي وانما يثبت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضه لان صفه السلامه مستحقه
قوله واذا وهب بشرط العوض الى اخره قال المحبوبي في جامعه هذا اذا ذكر بكلمه على اما لو ذكره بحرف
البا بان قال وهبتك هذا الثوب او بالف درهم وقبله الاخر يكون بيعا ابتدا وانتها بالاجماع **قوله**
والعبره في العقود للمعاني الا ترى ان الكفاله بشرط براه الاصيل حواله وكذا الحواله بشرط عدم الاصيل
كفاله ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحا ولو وهب امراته لنفسها كان طلاقا ولو وهب عبده لنفسه
كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد والعقود مختلفه لاختلاف المعنى
والمقصود و**قوله** بيع العبد من نفسه من قبيل اضافه المصدر الى المفعول اي بيع المولى العبد من نفسه
قوله عملا بالشبهين كالا باله لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا بينهما وقد امكن الجمع
ههنا كما ذكر في المتن وهذا لان اللفظ قالب المعنى فلا بد من اعتباره الا اذا تعذر الجمع للمنافاة كما
فيما ذكر من المسايل فوجب اعتبار المعنى وسقط اعتبار اللفظ ترجيحا للمعنى عليه ولا منافاه ههنا
فان قيل المنافاه ههنا ثابته لان قضيه البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم
الهبة على عكسه وتنافي اللازمين مستلزم لتنافي الملزومين فتحقق المنافاه بين البيع والهبه ضرورة
قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد
لو تقدم على القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب
وبالعوض وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبه في يد الموهوب له فلم يكن عدم
اللزوم وعدم الترتب من لوازمه ضرورة على ان المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما
اذا جعلناها هبة ابتدا وبيعا انتها فلا بخلاف بيع العبد من نفسه فانه يجعل اعتاقا لان العبد
لا يملك غيره مالا فكيف يملك نفسه مالا **فصل** لما ذكر مسايل الهبة الجملها
بمسايل فيها تغير الهبة من استثنا وتعليق وغيرهما **قوله** الا حملها صحت الهبة في الام والولد
وبطل الاستثنا **اعلم** ان استثنا ما في البطن على ثلاثة اقسام قسم يجوز التصرف ويبطل
الاستثنا كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان الاستثنا لا يعمل الا في المحل الذي

يعمل فيه العقد فاذا لم يصح عقد الهبة على ما في البطن لكونه وصفا على ما مر في البيوع لم يكن
محلا للاستثنا فكان هذا شرطا فاسدًا والهبة ونحوها لا تبطل بالشروط الفاسدة فيبطل الشرط
ويصح العقد لان الملك في الهبة يتعلق بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط
الفاسدة وانما الشرط الفاسد يوثر في العقود الشرعيه لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها
فلا يمكن ان يجعل عدما ويويده ما روي انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر
وفي شرح لا يجوز اصل التصرف به كالبيع والاجارة والرهن لان هذه العقود تبطل بالشروط
الفاسدة على ما عرف فكذا استثنا الحمل يجوز التصرف والاستثنا جميعا كالوصيه لان افراد
الحمل بالوصية جائز فكذا استثناوه **فان قيل** ينبغي ان لا يفسد الرهن بالشرط كالهبة
لتوقف عقد الرهن على القبض وهو فعل حسي **قلنا** القبض في باب الرهن حكم للرهن لان حكم
الرهن ثبوت يد الاستيفا وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يوثر في العقد
اما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض وكان للقبض حكم ركن العلة والفساد لا
يوثر في الركن فلغا الشرط كذا في الايضاح وكانه اراد بالركن غير العقد كما في اركان العبادات
كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** على ما بيناه في البيوع اي في الفصل المتصل باول كتاب
البيوع فانه علل اي الاستثنا شرطا فاسدا لما ان الجاريه يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها
فلما استثناه كان الاستثنا مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد فيفسد **فان قيل**
اللبن والصوف على ظهر الغنم كالجزء له كالحمل وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم مع
امره بحلب اللبن وجز الصوف وقبض ذلك يجوز استحسانا وفي الحمل لا يجوز فما وجه الفرق اما
اذا لم يامره بالجز والحلب لا يجوز عندنا وعند الشافعي واحمد لا يجوز في الوجهين اصلا كما في
الحمل **قلنا** من اصحابنا من قال ان امره في الحمل بقبضه بعد الولاده فقبض ينبغي ان يجوز
استحسانا كما في الصوف واللبن والاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان ما في البطن ليس بمال
اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة ولان اخراج الولد ليس في وسعه فلا يمكن ان يجعل نايبا في
ذلك عن الواهب بخلاف الجزاز والحلب كذا في المبسوط وعند احمد وابي ثور صح استثنا الحمل
فتصح الهبه في الام دون الولد لانه تبرع بالام دون الولد فاشبه العتق وبه يقول في العتق
والولد المنفصل وقلنا الحمل كالجزء منها فكيف تصح الهبه فيه بدون الام والعتق ممنوع وهو
والمنفصل محل للهبة **قوله** لم تجز اي الهبة والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر
والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة
شي هو مشغول بملك الواهب فلم تجز فاما الاعتاق يزيل ملكه فاذا وهب الام بعد اعتاق
الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كما لو وهب ارضا
وفيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة تتم كذا ههنا كذا في المبسوط **قوله**
فلم يكن شبيه الاستثنا اي فصل التدبير هذا المعنى شبهه ترد عليه بان يقال لما لم يدخل الجنين
المدبر في الهبه كان بمنزلة الاستثنا وفي الاستثنا يصح الهبه ويبطل الاستثنا وقد روي في
روايه ان هبه الام يجوز بعد تدبير ولدها ذكره في المبسوط فاجاب عنه بقوله ولم يكن شبيه
الاستثنا الحقيقي وهو الاستثنا اللفظي فان فيه يبطل الاستثنا ويدخل الجنين في الهبة اما ههنا
يبقى الجنين على ملك الواهب وذلك مانع هبه الام لما ذكرنا انه هبة مشاع يحتمل القسمة او
هبة مشغول بملك الواهب وشبه الاعتاق بالاستثنا من حيث ان الهبة تصح في الام لعدم المانع

فان قيل في فصل التدبير ينبغي ان تصح الهبة في الام لانه مشاع لا يحتمل القسمه لان
المعنى بعدم احتمال القسمه هو انه لو قسمه حقيقة يهلك **قلنا** عرضية الانفصال في الحمل
في ثاني الحال ثابتة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان
في حكم مشاع يحتمل القسمه كما في هبه الجوالق وفيه طعام الواهب حيث لا تصح الهبه لان
المشغول بملك الواهب كمشاع يحتمل القسمة كذا قيل وفيه نوع تامل ثم جعل في الايضاح
مسئله هبة الجاريه بعد التدبير شبيه الاستثنا وهبتها بعد الاعتاق غير شبيه الاستثنا على
عكس ما ذكر في الكتاب قيل في جوابه مراد صاحب الايضاح بالاستثنا الاستثنا الحقيقي ولكن لم
تصح الهبه بذلك الاستثنا لمكان الشيوع وهذا متحقق في مسئلة التدبير لبقا الملك في المدبر
وفي مسئلة الاعتاق لم يكن معنى الاستثنا الذي يورث الشيوع فصح ومراد المصنف بقوله
فاشبه الاستثنا في مسئلة الاعتاق الاستثنا المذكور انفًا وهو استثنا الحمل فصح الهبة
قوله فالهبه جايزه والشرط باطل وبه قال الشافعي واحمد في روايه وابو ثور وعن احمد واي
ثور في صحه الهبه بالشرط الفاسد وجهان بناء على الشروط الفاسده في البيع ثم قوله او يعوضه
شيا منها متصل بقوله او يتصدق بدار لانه لو وصل بقوله او وهب دارا كان هبه بشرط
العوض والهبه بشرط العوض صحيح والشرط صحيح حتى يكون هبة وبيعا انتهاء وتقديره انما لا
يصح اشتراط العوض في الصدقه لا في الهبه اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيا هو ان يرد
بعض الدار الموهوب به على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح صرف قوله او يعوضه
حينئذ الى قوله لو وهب دارا الا انه يلزم التكرار بلا فايده **قوله** وهبه الدين
عن من عليه ابراوه قال الشافعي وهل يفتقر الابرا الى القبول عنده فيه وجهان في وجه
يفتقر قبل هذا ينبني على قول زفر فانه قال تتم هبه الدين بلا قبول كالابرا فسوى بينهما اما
عندنا الهبة لا تتم بدون القبول وفيه معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد والابرا يتم من غير قبول
هكذا ذكره في المبسوط ولكن ذكر في المغني ان هبه الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون
اما هبه الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول وفيه ان هبه دين الصرف والمسلم فيه وابراءه
يتوقف على القبول وفي ساير الديون لا يتوقف الابرا باتفاق الروايات وفي الهبة روايتان
قيل في الفرق بينهما ان ابرا بدل الصرف والمسلم فيه يوجب انفساخ العقد لانه يوجب فوات
القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد احد العاقدين به فيتوقف على قبول الاخر بخلاف الابرا عن
ساير الديون لانه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت وانما فيه معنى التمليك من وجه ومعنى الاسقاط
من وجه كما ذكر في الكتاب فلا يتوقف على القبول كذا في الذخيره **قوله** وهذا لانه
اي الدين مال من وجه حتى يجب فيه الزكاه ويصح البيع بالدين ووصف في الحال حتى لا يحنث لو حلف
ان لا مال له وقوله ولهذا يرتد بالرد آيه انه تمليك وقوله ولا يتوقف على القبول امارة
الاسقاط قال الحلواني اختلف اصحابنا الاعمش والاسكاف في توقيت الرد بمجلس الابرا والهبه
ولكن الروايه عن السلف المجلس وغير المجلس في الرد سوا وانما اختلفوا الحرف ذكره محمد وهو
ان الموهوب له لو مات مكانه لا قبلها كان دينا على حالها ذكر مكانه فقال احدهما هذا يوقت
بالمجلس وقال الاخر ليس بتوقيت كما ذكره التمرتاشي **قوله** المحضه التي يحلف بها كالطلاق
لان التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والاقرار بالمال ثم ابرا الدين وان كان اسقاطا من وجه
ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال انت بري من النصف على

ان يودي الى النصف الآن لان ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد الا ترى انه لو قال لعبده انت حر على
ان تؤدي الى الف درهم فقبل فانه لا يعتق قبل الاداء كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي ثم يحتاج هٰهنا
الى بيان الاسقاطات المحض التي لا يحلف بها والتي يحلف بها والى بيان ما يصح تعليقه والذي لا
يصح تعليقه والى بيان ما يصح اضافته الى زمان في المستقبل وما لا يصح والى بيان ما يبطل بالشرط
الفاسد وما لا يبطل قال ابو الفضل رحمه الله جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد
ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين والحجر على المأذون
وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة
والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع بمال
وبغير مال والقضاء والامارة والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصايا والشركة والمضاربة
والتحكيم عند محمد والكفالة والحوالة والاقالة والنسب واذن العبد في التجارة ودعوة الولد
والصلح عن دم العمد والجراحات التي فيها القصاص حالا او مؤجلا وجناية الغصب والوديعة والعارية
اذا ضمنها رجل وشرط فيها كفالة او حوالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق
الرد بخيار الشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشروط
الفاسدة ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر وكذا الهبة والصدقة والكتابة بشرط
متعارف وغير متعارف يصح ويبطل الشرط هذه الجملة في بيوع العدة وذكر في اجاراتها جملة ما
يصح اضافته الى زمان في المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها والمعاملة والمضاربة والوكالة
والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف وما يصح اضافته الى زمان
في المستقبل البيع واجازة البيع والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال
والابراء عن مال والابراء عن الدين **قوله** لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام اجاز
العمرى وبطل شرط المعمر وقوله عليه الصلاة والسلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من
بعده وبقولنا قال الشافعي واحمد وهو قول جابر بن عبد الله وابن عباس وابن عمر وروي ذلك
عن علي وشريح ومجاهد وطاوس والثوري وقال مالك والليث والشافعي في القديم العمرى
تمليك المنافع لا تملك العين ويكون للمعمر السكنى فاذا مات عادت الى المعمر وان قال له
ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر لان هذا التصرف الى المنافع لا الى تمليك
الرقبة لا يتأتى وعن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والاحبال والمنحة والعرية
والعارية والسكنى انها على ملك اربابها ومنافعها لمن جعلت له ونكل اجماع اهل المدينة على ذلك
ولنا ما روى جابر انه عليه الصلاة والسلام قال امسكوا عليكم اموالكم ولا تفسدوها فانه من اعمر
عمرى فهي للذي اعمرها حيا وميتا ولعقبه رواه مسلم وفي لفظه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه ورواه ابن ماجه عن ابن عمر وقد روى مالك حديث العمرى في الموطأ
وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وابو هريرة وما نقل من اجماع
اهل المدينة غير صحيح لاختلاف كثير من الصحابة وقول ابن الاعرابي انها عند العرب تمليك المنافع
لا يضر اذا نقلها الشارع الى تمليك الرقبة كما في الصلاة والزكاة **قوله** ومعناه ان يجعل
الى اخره هذا في بعض النسخ وقيل صورة العمرى ان يقول اعمرتك داري هذه او هي لك عمري او
ما عشت او مدة حياتك او ما حييت فاذا مت فهي رد علي او نحو هذا سميت عمرى لتقييدها
بالعمر والرقبى ان يقول ارقبتك هذه الدار وهي لك حياتك على انك ان مت قبلي عادت الي

وان مت قبلك فهي لك ولعقبك فكانه يقول هي لآخرنا موتا سميت رقبى لان كل واحد يرقب
موت صاحبه وكذا لو قال داري لك رقبى او حبيس بتفسيره ان يقول هو حبيس عندي فان مت فهي
لك ثم الرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال مالك لما روي انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى
وابطل الرقبى وقال ابو يوسف جائزة وبه قال الشافعي واحمد لما روي انه عليه الصلاة والسلام العمرى
جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ولان قوله داري
لك تمليك صحيح وقوله رقبى او حبيس شرط فاسد لانه شرط رد الملك عليه بعد الموت لان معناه ملكتك
داري هي هذه وهي محبوسة عندي لك فان مت فهي لك او ارقب موتك لتعود الي فيكون بمنزلة
العمرى وحاصل اختلافهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف هذا اللفظ
على انه يملك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان
معناه لآخرنا موتا فكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله وذا باطل وفي الاسرار حمل
ابو يوسف حديث بطلان الرقبى على انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب
موتي ان مت قبلك فهي لك وعلى هذا الوجه لا يصح بالاتفاق وعلى الوجه الاول كالعمرى فيصح
بالاتفاق وقال ابن قدامة في المغني حديثهما انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى وابطل الرقبى لا نعرفه
فلنا هذا لا يوجب الطعن فان الثقات مثل مالك وابو حنيفة تمسكوا به وفي المبسوط حديثه مروي عن
ابن الزبير عن جابر وحديثهما مروي عن الشعبي عن شريح والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما فنقول
الرقبى قد يكون بمعنى الارقاب وقد يكون بمعنى الترقب فحيث قال اجاز الرقبى كان بمعنى الارقاب بان
يقول رقبته داري لك وحيث قال رد الرقبى كان من الترقب وهو ان يقول ارتقب موتك وترقب
موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك
باطل ثم لما احتمل المعنيان والملك لذي اليد فيها ثابت بيقين فلا نزيله بالشك والجواب عن قوله
داري لك تمليك وذلك انما يصح اذا لم يفسر هذه الاضافة بشيء اما اذا فسره بقوله رقبى او حبيس
بين انه ليس بتمليك كما في قوله داري لك سكنى يكون عارية وفي المغرب المهملة العين وقول ابي يوسف
في حديث جابر انه اجاز الرقبى انه من الارقاب بمعنى رقبته داري لك والاشتقاق من الرقبة مما لم يقله
احد وابداع الشيء ليس بمستحسن والصواب انه بمعنى المراقبة والترقب واما قوله الحديثان صحيحان
فان كان كذلك فالتاويل ظاهر وهو ان يراد بالرد والابطال ابطال شرط الجاهلية وبالاجازة
ان يكون ذلك تمليكا مطلقا ويدل عليه ما روى جابر انه عليه الصلاة والسلام قال امسكوا عليكم
اموالكم لا تعمروها فمن اعمر شيئا فهو له الا ترى انه عليه الصلاة والسلام نهى ثم اجاز على اختلاف الفرضين
وبقي الاشتقاق على اصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى **فصل في الصدقة**
لما بين احكام الهبة الحقها فصل الصدقة لمشاركتها الهبة في الشروط وفصل على حدة لمخالفتها اياها
في الحكم وقدم الهبة لعمومها في الكافة والمسلة وكثرة تفريعاتها **قوله** لما بينا في الهبة
اراد به قوله لانه تبرع يجوزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة **قوله** استحسانا وفي القياس
ينبغي ان يرجع لان الصدقة في حق الغني هبة وبه قال بعض اصحابنا لانه انما يقصد به العوض منه دون
الثواب فصار الهبة والصدقة فيه كما ان الهبة والصدقة في حق الفقير سواء وجه الاستحسان ان لفظ
الصدقة يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه مع ان التصدق على الغني يكون قربة يستحق
بها الثواب فان من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على نيل الثواب ولهذا تتأدى
الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له

حق الرجوع بالشك كذا في المبسوط **قوله** في مسايل القضا اي من هذا الكتاب في مسئلة
مالي صدقة على المساكين فقد مرت المسئلة بوجوهها وتفريعاتها فيه وفي فتاوى الكبرى اذا
تصدق عن الميت او دعا له بعث الى الميت ذلك على طبق من نور وبه قال احمد والشافعي لا يلحق
الميت لا ينتفع عنه من صدقة تصدق بها له او دعا يدعى له او قراة قران

كتاب الاجارات

لما فرغ من تمليك العين بغير عوض شرع في تمليك المنفعة
بعوض وقدم الهبة على الاجارة لانها تمليك العين والعين مقدم على المنفعة ولان فيها عدم العوض
والعدم مقدم على الوجود ووصله بفصل الصدقة وهو من محاسن الاجارة دفع الحاجات بقليل
من الابدال ولهذا قيل ان الفقير منتفع بفلوسه من الاستحمام مثل انتفاع غني بصرف الالوف لاستجابه
ثم الاجارة لغة فعالة من الاجر اسم للاجرة وهو العوض قال تعالى لو شيت لتخذت عليه اجرا وسمي
الثواب اجرا لانه تعالى يعوض العبد به وقد اجره اذا اعطاه اجرته من باب طلب وضرب فهو
آجر وذاك ماجور وفي العين والاساس اجرت مملوكي واجرني داره فاستاجرتها او اجره لجارا
فهو موجر ولا يقال مواجر فانه خطا وقبيح اما الخطا فظاهر وهو انه مهموز افعل واما قوله مواجر
معتل فاعل والقبح انه استعمل في موضع قبيح ثم قال وليس آجر هذا فاعل ولكن افعل وانما
الذي هو فاعل قولك آجر الاجير مواجرة كقولك شاهره وعارضه فالحاصل انك اذا قلت
آجره الدار او المملوك فهو من افعل لا غير واذا قلت آجر الاجير كان موجرا واما اسم الفاعل
فمن نحو آجره الدار موجر والاجر في معناه غلط محض واسم المفعول من اجره الدار موجر لا
مواجر ومن آجر الاجير موجر ومواجر لانه يحمل ان يكون قوله آجر الاجير من افعل او من فاعل
هذا حاصل ما ذكره في المغرب والاجارة في اللغة كذا يعني يستعملونه في بيع المنفعة وفي الشرع
بيع منفعة معلومة باجر معلوم **قوله** وقد شهدت بصحته الاثار اي ثبت شرعيتها بالاثار
والكتاب ايضا قال تعالى وآتوهن اجورهن وقال تعالى لو شيت لاتخذت عليه اجرا وقال تعالى في
قصة موسى على ان تاجرني ثماني حجج وشرع من قبلنا لازم علينا ما لم يقم دليل انتساخه **قوله**
وهو اي الاثار والاثار او ذكره بالنظر الى الخبر اعطوا الاجير اجره فالامر باعطا الاجر دليل صحة
العقد وفي المبسوط بعث النبي عليه الصلاة والسلم والناس يباشرونه فاقرهم على ذلك ومن احكامه
والسنة في الباب كثيرة واجمع اهل كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة الا ما حكي عن عبد الرحمن الاصم
انه قال لا يجوز ذلك لانه غرر يعني يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق
وركنها الايجاب والقبول بالالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة وينعقد بلفظين يعبر بهما
عن الماضي نحو ان يقول احدهما آجرت ويقول الاخر قبلت ولا ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل
نحو ان يقول اجرني فيقول الاخر آجرت اعتبارا بالبيع المنفعة ببيع العين وينعقد بلفظ الاعارة حتى
لو قال اعرتك هذه الدار شهرا بكذا او قال كل شهر بكذا او هذا الشهر بكذا ينعقد وكذا لو
قال وهبتك منافع هذه الدار شهرا بكذا او ملكتك منافعها بكذا اجور **وينعقد** بالتعاطي
فان محمدا ذكر في اجارات الاصل استاجر قدورا بغير اعيانها لا يجوز لتفاوت القدور من حيث الصغر
والكبر فان جاء بقدور وقبلها منه على الكرا الاول جاز ويكون هذه اجارة مبتدا بالتعاطي وقال
شيخ الاسلام لا ينعقد بلفظ البيع وينبغي ان يجوز استعارة لفظ البيع ان اضيف الى الدار فهو
صالح لتمليك عينها فلا يجوز ان يجعل مجازا عن غيره وان اضيف الى المنفعة والمنفعة معدومة
والمعدوم لا يصلح لاضافة العقد **وقيل** على هذا ينبغي ان لا ينعقد بلفظ الهبة والتمليك

وبالاجماع ينعقد بهما وفي العيون لو باشر العقد على العين بلفظ الاجارة او باشر على المنفعة
بلفظ الاجارة يجوز لان لفظ الاجارة لا يختص بتمليك الاعيان وكل لفظ لا يختص بتمليك الاعيان
يلحق بلفظ الاجارة وكل لفظ يختص بتمليك الاعيان لا يلحق بالاجارة والبيع يختص بتمليك الاعيان
فلا يلحق بالاجارة والعارية والهبة والتمليك لا يختص بتمليك الاعيان فيلحق بالاجارة لان الاجارة
على خلاف القياس لانها ترد على المعدوم والمعدوم لا يصلح للعقد الا ان الشرع ورد بجوازها اذا
باشر العقد بلفظ الاجارة فينعقد به وبما هو ملحق به معنى لفظ البيع على اصل القياس وعند الشافعي
واحمد في وجه ينعقد بلفظ البيع لجواز استعارة السبب للمسبب وعن احمد لا ينعقد بلفظ البيع كقولنا
قوله وينعقد ساعة فساعة الى اخره **اعلم** ان محل العقد المنافع وهو قول مالك
واحمد واكثر اصحاب الشافعي واكثر اهل العلم وقال بعض اصحاب الشافعي محل العقد العين لانها
الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول اجرتك داري وقلنا المعقود عليه هو المستوفى بالعقد
وذلك المنافع لا الاعيان لان الاجر في مقابلة المنفعة دون العين واضافة العقد الى العين
لانها محل المنفعة ولهذا قال اصحابنا ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث المنافع
والعين جعلت خلفا بالعقد حال وجود المنفعة وهذا كالسلم فانه يقام الذمة التي هي محل المسلم فيه
مقام المعقود عليه في حق جواز السلم وعند الايمة الثلاثة تجعل المنافع المعدومة كالموجودة حكما
ضرورة تصحيح العقد وفي الايضاح والاسرار يبتنى على هذا الاصل مسايل الشافعي منها ان الاجرة
تملك بنفس العقد عنده ويستوفى بالحال لانه اعطى المنافع المعدومة حكم الوجود فصار كمن باع
عينا موجودة وذلك يوجب الثمن حالا ومنها ما لو آجر داره فلم يسلمها مدة لم يجبر على التسليم
في باقي المدة كما لو اشترى شيئين صفقة ولم يسلمها لم يجبر على التسليم حتى هلك احدهما ومنها
اذا مات احد المتعاقدين لم يبطل العقد عنده وورث المنافع ومنها لو مات الموصى له بسكنى الدار
ورث عنه السكنى ومنها ما لو آجر عبده ثم اعتقه بقي العقد لان منافعه صارت في حكم المملوك
للمستاجر ومنها ما لو آجر الوصي اليتيم سنة ثم بلغ لم يملك نقض العقد كما لو باع ماله ومنها ما اجاز
سكنى داره بسكنى دار اخرى يجوز عنده كبيع الدار بالدار وما قلنا اولى مما قال لان الدار
خلف في حق اضافة العقد بلا خلاف ثم بعد ذلك يتاخر عمل اللفظ الى حين وجود المنفعة
وحكم العقد يقبل الفصل من العقد كما في البيع بخيار الشرط فكان ما قلنا تقريرا مر شرعي بدليل
شرعي فان اقامة السبب مقام المسبب اصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام
كمال العقل وهلم جرا من النظاير وفيما ذكره قلب الحقيقة وفيه نوع تامل **قوله** ولا
يصح اي العقد حتى تكون المنافع معلومة الى اخره هذا شروع في بيان شروط عقد الاجارة
وشرط كون المنفعة والاجرة معلومة بلا خلاف و**قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه
السلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره فعبارته تدل على اشتراط اعلام الاجرة ودلالته على
اشتراط اعلام المنافع لان اشتراط اعلامها لقطع المنازعة والمنفعة تشاركها في هذا المعنى بل
هي الاصل في العقد فجهالتها اولى ان تكون مانعة للصحة **قوله** كالاعيان اي الاعيان
التي ليست من ذوات الامثال كالحيوانات والعدديات المتفاوتة فانها لا تصلح ثمنا اصلا
لما ذكرنا في البيوع ان الاصول ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من
ذوات الامثال والذي كان بينهما كالمكيلات والموزونات ثم الاعيان انما تصلح اجرة اذا كانت

معينة اما اذا كانت دينا لا تصلح اجرة لان الحيوان لا يثبت في الذمة بدلا عما هو مال كذا في
المغني **قوله** وهذا اللفظ اي قوله ما جاز ان يكون ثمنا في البيع الى اخره لا ينفي صلاحية
غيره اي غير الثمن لانه اي الاجره على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان
مال وبه قالت الائمة الثلاثة حتى قالوا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار لان السكنى يجوز ان
يكون ثمنا فيجوز ان يكون اجرة وحكى هذه المسئلة وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف في
الذمة لان المنفعة غير موجوده في الحال فيلزم بيع الكالي بالكالي وقلنا انه عوض يجوز في
البيع فيجوز في الاجاره كالذهب والفضة ثم الاجرة ان كانت من النقود يشترط بيان جنسها
وحقيقتها بانها جيده او وسط او ردي وان كانت مكيلا او موزونا او عددا متقاربا يشترط
فيها بيان القدر والصفه ويحتاج الى بيان مكان الايفا اذا كان له حمل ومونة عند ابي حنيفة خلافا
لصاحبيه وان كان عرضا او ثوبا يشترط فيه شرايط السلم لان وجوبه في الذمة عرف
بالشرع والشرع ورد بطريق السلم وفي هذا كله اذا كانت الاجره عينا فاعلامه بالاشارة لانها
ابلغ اسباب التعريف وان كانت الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كان عينا لعدم ثبوت الحيوان
في الذمة بدلا عما هو مال **قوله** اي مدة كانت وبه قال كافة اهل العلم الا ان اصحاب
الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان احدهما كقول ساير العلماء وهو الصحيح والثاني
لا يجوز اكثر من سنه لان جوازه للحاجه ولا حاجه في اكثر من السنه ومنهم من قال قول ثالث انها
لا يجوز اكثر من ثلاث سنين لان الغالب ان الاعيان لا تبقى اكثر منها وتتغير الاسعار والاجر وقلنا
هذا مخالف لقوله تعالى على ان تاجرني ثماني حجج وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه
ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز اكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة او ثلاث
سنين تحكم لا دليل عليه **قوله** اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وبهذا احترز عن استيجار الارض
للزراعة الى مده معلومه حيث لا يصح حتى يسمي ما يزرع فيها على ما يجي **قوله** طالت المدة او
قصرت الى قوله لتحقق الحاجة اليها عسى وفي الذخيره لو وقتا مدة الاجاره وقتا لا يعيش اليها احدهما
قيل لا يصح وبه افتى القاضي ابو عاصم العامري لان الغالب كالمتيقن في حق الاحكام وكانت
الاجاره موبده والتابيد يبطل الاجارة وقال الخصاف يجوز لان العبره للفظ وانه يقتضي
التوقيت ولا عبره بموت احدهما قبل انتها المدة لان ذلك عسى يوجد وعسى لا يوجد كما لو زوج
امراة الى مايه سنه فان توقيت لا تابيد حتى يكون متعه وان كانت المده لا يعيش اليها غالبا وجعل
نكاحا موقتا اعتبارا للفظ **قوله** هو المختار تكلموا في اجارة الاوقاف اكثر من ثلاث سنين
قال مشايخ بلخ لا يجوز وقال غيرهم يجوز وبه قال اكثر اهل العلم ولكن يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه
افتى الفقيه ابو الليث كذا في التتمه والحيله في الجواز اكثر من ثلاث سنين ان يرفع الى الحاكم حتى يجوزه
كذا في جامع ابي اليسر وكان الصدر الشهيد يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت
المصلحة في عدم الجواز فيما زاد على سنة الا اذا كانت المصلحه في عدم الجواز وفي شرح حيل
الخصاف قال بعض مشايخنا الحيله لجواز اجارة الطويله على الاوقاف ان يعقد واعقودا متفرقة
على الاوقاف كل عقد الى سنه فيكتب في الصك كذلك فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم
لانه مضاف كذا في الذخيره **قوله** يصير معلومه اي المنافع معلومة بنفس عقد الاجارة **قوله**
كما في اجير الوحد وفي بعض النسخ الاجير الوحد والاول اصح لانه ذكر في المغرب اجير الوحد على

الاضافة اي اجير المستاجر الواحد بخلاف الاجير وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحا
صح لانه يقال رجل وحد اي واحد **باب الاجر متى يستحق**
قوله لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة الى اعلام الاجره احتاج الى بيان وقت وجوبها وتسليمها
لا يجب بالعقد عن العلامة مولانا حافظ الدين اي لا يجب تسليمها واداوها يويده ما ذكر في الذخيره
يجب ان يعلم ان الاجرة لا يملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفا المنفعة اذا لم يشترط
تعجيلها سوا كانت عينا او دينا هكذا ذكر محمد في الجامع وذكر في الاجارات ان كانت عينا لا يملك
بنفس العقد وان كانت دينا يملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين الموجل فعامة المشايخ على ان
الصحيح ما ذكره في الجامع وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قوله اولا وما ذكره في الجامع اخرا
وهو الاصح لان الاجارة عقد معاوضة يوجب المساواة بين البدلين ما امكن ما لم يغيرها الشرط
فلو قلنا ان ايفاءها قبل استيفا المنفعة يزول المساواة وبه قال مالك **قوله** باحد معاني
وفي بعض النسخ باحدى معاني ثلاثه على تاويل العلل والصحيح باحد معاني يعرف بالتامل **قوله**
وقال الشافعي يملك بنفس العقد وبه قال احمد لما ذكرنا ان المنافع كالموجودة عنده فصار
كالبيع ولهذا صح الابرا عن الاجرة قبل استيفا المنفعة بالاجماع وصح الارتهان به بالاجماع وصح
الكفالة به بالاجماع ولو شرط التعجيل يملك بالاجماع فلو كان مقتضى العقد تاخر الملك في الاجر
لما وجب بالشرط كما تلتم في الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل ولان الشرع لما جوز العقد
على المنافع المعدومة فقد جعلها كالموجودة لاشتراط كون المعقود عليه موجودا للنهيه عن بيع
ما لم يوجد وللشارع ولاية جعل المعدوم موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي
حكما وكالسلم فانه جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم والدليل على ان
المنفعه في حكم العين صحة الاستيجار باجر موجل وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام
وكذا يجوز جعل السكنى مهرا والمهر لا يكون الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم الايه وكذا
الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدل المنفعة عندكم وثبت بدلا عما ليس بمال كما في النكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فعلم ان المنفعة في حكم المال ولنا ما ذكرنا ان عقد الاجارة عقد معاوضة
فيجب المساواة كما اشار اليه في الكتاب بقوله ومن قضيتها المساواة الى اخره يويده قوله تعالى
فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وقوله عليه الصلاة والسلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف
عرقه فخصص الوعيد بالامتناع بعد العمل فدل على انها حالة الوجوب وفيه نوع تامل وجواز
العقد باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعه مقامها في صحة الايجاب والقبول ثم
انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع كما ذكرنا وكيف يقال ان المنفعة
المعدومة جعلت موجوده حكما فان الموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يبقى
زمانين فلا يتصور تسليمه بحكم العقد وما لا يتصور تسليمه بحكم العقد لا يكون محلا لعقد المعاوضة
بل اعتبار اقامة العين وهو السبب مقامها وهو المسبب كما ذكرنا من تقرير صاحب الاسرار والايضاح
ولما اقمنا السبب مقام المسبب ضرورة تصحيح العقد ولا ضرورة في ملك البدل بنفس البدل بل في
حق البدل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث وما قلنا اولى كما ذكرنا واما جواز السلم باعتبار ان
المسلم فيه اخذ حكم الثمن ولهذا اشترط قبض راس المال في المجلس كيلا يكون دينا بدين ولو كان له حكم
العين الموجود لما اشترط قبض راس المال في المجلس كما لو باع حنطه بعينها بدرهم واما صحة الابرا
قول محمد خلافا لابي يوسف كذا في الايضاح واليه اشار في المبسوط وذكر في الاسرار مطلقا

قوله قول ابي يوسف ظاهر لانه ابرا قبل الوجوب ووجه قول محمد ان الابرا بعد وجود
سبب الوجوب جايز كعفو المجروح عن القصاص واما صحة الرهن والكفالة فانهما وثيقتان
والوثيق يلايم هذا الدين كما لو رهن بشرط الخيار كذا في الايضاح وفي المبسوط الاجرة وان لم تجب
بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك
والكفالة بما ذاب له على فلان وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفا واستيفا الاجر قبل وجوبه
صحيح لان تعجيل الاجر صحيح واما صحة الملك اذا استوفى او شرط التعجيل لان المساواة حقا
له وقد ابطله بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك في البدل هناك ليس بمقتضى العقد بل
بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل واما قوله وما ليس بعين فهو دين فليس كذلك لان الدين محله الذمة
وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة فلم يكن حينئذ دينا واما صحة النكاح لا يتعلق بالمهر بحال فلا
يتغير حكمه لاجله بخلاف الاجارة فان المنافع فيها مبيعة والاجرة ثمن وكانت المنافع اصلا واما قوله ان
الشرع جعل المعقود عليه موجودا حكما الى اخره فقلنا نعم انما يعتمد ذلك فيما يمكن التقدير لانه
انما يقدر الشي حكما اذا كان يتصور حقيقة كما في استشهد وابه فان الميت يتصور في الحياة ولا يتصور
لوجود المنافع التي تحدث في المدة حملة فلا يجوز ان يقدر حكما اليه اشار في المبسوط والاسرار قوله
وان لم يسكنها هذا اذا تمكنت من الاستيفا والاجارة صحيحة حتى لو منعه المالك او الاجنبي او سلم
الدار والدار مشغولة بمتاعه ولم يتمكن من الاستيفا لا يجب الاجر به قال اكثر اهل العلم وفي الذخيرة
وشرح الاقطع التمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر
دابة الى الكوفة فسلمها الموجر فامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير الى الكوفة فلا
اجر وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر وقال الشافعي واحمد يجب الاجر في الوجهين
لان المنافع تلفت تحت يده باختياره وقلنا العقد وقع فالتسليم في غيرها لا يستحق البدل ومعنى
ان يكون التمكن من الاستيفا في المدة فلو استاجر دارا الى مكة فلم يركبها فان كان لغير عذر في الدابة
فعليه الاجر وان كان بعذر لم يقدر على الركوب لا اجر عليه ولو استاجر ثوبا ليلبسه كل يوم بدانق
فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم انه
لو كان لبسه لا يتخرق لتمكن اللبس فاذا مضى وقت يعلم انه لو كان يلبسه يتخرق سقط عنه الاجر لتعذر
جعله منتفعا به قوله وانفسخ العقد ذكر الفضلي وقاضي خان في الفتاوى لا تنفسخ الاجارة
ولكن يسقط الاجر ما دامت في يد الغاصب وبه قال الشافعي ولكن له حق الفسخ ولو وجد الغصب في
بعض المدة سقط من الاجر بقدره ولا يعلم فيه خلاف قوله ومن استاجر دارا الى مدة معلومة
قوله يا جر كل مرحلة في المبسوط والايضاح هذا قول الكرخي واما في قول ابي حنيفة المرجوع لم يعتد
بقدر بل قال كلما سار مسيرا له من الاجر شي فله ان ياخذ ذلك وهو قولهما كما اذا كان المعقود
عليه العمل فانه لو استاجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ان يعطي الاجر بقدر ذلك وهو قولهما كما اذا كان مالم يفرغ
من العمل قوله الا المطالبة في كل ساعة الى اخره يعني لو اخذنا بالقياس يعني انه كلما سار
شيا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف ولو اخذنا بالقياس
لم يتفرغ لشغل اخر لتسليم الاجر في كل خطوة وذلك بعيد كذا في المبسوط قوله فقدرنا
بما ذكرنا اي استحسانا وهو يوم ومرحلة قوله حتى يفرغ من العمل يعني ان كان في حصته ما
استوفى من العمل معلوما وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العمل في البعض غير منتفع به
وفي النهاية هذا الذي ذكره في الحكم في ان العامل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ من

العمل

العمل يخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني والجامع لفخر الاسلام وقاضي
خان يستحق الاجر بقدر عمله حتى لو سرق الثوب فله الاجر بقدر عمله لان كل جزء من العمل يصير مسلما
الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولعل المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم
والله اعلم بما هو الحق عنده وعند الشافعي واحمد يستحق المطالبة بعد الفراغ من العمل ولكن
يجب بنفس العقد قوله لان تمام العمل بالاخراج فليس كل احد يحسنه على وجه لا ينقطع
فان قيل استحقاق الاجر بعد اخراج الخبز من التنور يدل على ان هذا اجير مشترك لا
اجير وحد فان الاجير الوحد يستحق الاجر بمجرد تسليم النفس ولا يتوقف استحقاقه الى الفراغ من
العمل واستعمال المستاجر في بيته يدل على انه اجير وحد لان الوحد هو الذي لا يعمل الا للمستاجر
واحد فلذلك سمي به فالخيار في هذه المسئلة ان كان اجير وحد ينبغي ان يستحق الاجر بمجرد تسليم
النفس اخرج الخبز من التنور او لا وان كان اجيرا مشتركا ينبغي ان يستحق الاجر بعد عمله على ما هو
من روايات عامة الكتب قلنا الصحيح انه اجير مشترك لانه وقع العقد في حقه على
العمل دون ذكر المدة فكان استحقاق الاجر موقوفا على الفراغ من العمل والاجير الوحد من
وقع العقد في حقه على المدة ووقع العقد ههنا على العمل وانما يستحق الاجر بعد عمله في بيت
المستاجر اذا كان لعمله قدر وقيمة كما في الخياطة وههنا لا قيمة للخبز قبل الاخراج فلا يستحق
الاجر بحسب ذلك القدر اليه اشار الامام قاضي خان قوله للهلاك قبل التسليم
وفي المبسوط وهو ضامن لان هذا جناية يده وتخير صاحب الخبز ان شا ضمنه مخبوزا واعطاه
الاجر وان شا ضمنه دقيقا وان لم يكن اجر قوله قال رحمه الله وهذا اي عدم الضمان في
الهلاك بعد الاخراج قول ابي حنيفة الى اخره وهذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري
واما عند غيره يجري على ظاهره ولا ضمان عليه بالاتفاق اما عند ابي حنيفة لانه لم يهلك من عمله
واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وبه قالت الايمة الثلاثة وقال القدوري ان العين مضمونة على
الاجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فلا يبرا عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته كما في
المغصوب ثم على قوله اذا وجب الضمان كان لصاحب الدقيق الخيار ان شا ضمنه دقيقا ولا اجر له
وان شا ضمنه مخبوزا واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار
مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه فهو رماد لا قيمة له كذا في الذخيرة قوله طعاما للوليمة
قيد به لانه لو استاجره لطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف عليه ذكره في المغني والمحيط والايضاح
والمرجع في الجميع العرف الطبخ من حد نصر والغرف وهو جعل الطعام في القصعة من حد ضرب
قوله اذا اقامها عند ابي حنيفة الى اخره وبه قالت الايمة الثلاثة وعندهما لا يستحق
الاجر دون التشريج استحسانا اعتبارا للعرف بمنزلة الغرف على الطباخ وفي المبسوط هذا
كله اذا كان يقيم العمل في ملك المستاجر اما في غير ملكه فما لم يعد عليه ويسلمه اليه لا
يستحق الاجر بالاتفاق حتى لو فسد قبل العد لا اجر له الا على قول زفر وفي نظم الزندويسي لو صرفه
في ملك نفسه لا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه بعد التشريج
قوله فله حق الحبس وبه قال الشافعي في وجه وعند زفر والشافعي في وجه واحمد لا حق له
في الحبس لان المعقود عليه وقع في يد المستاجر باعتبار اتصاله بملكه وصار قابضا كمن استقرض
من اخر كرا وامره ان يبذره في ارض المستقرض فانه يصير قابضا وقلنا المعقود عليه هو العمل
حقيقة ولكن من حيث الاعتبار المعقود عليه وصف احدثه وهو قائم في الثوب فله حق حبسه

لاستيفا البدل كما في بيع العين ولا يمكن حبسه الا بحبس العين فيكون له حبس العين ضرورة وقوعه
في يده بغير رضاه فلا يبطل حقه في الحبس كما اذا قبض المشتري المبيع بغير رضا البايع بخلاف مسئلة
الكرفان الامر بان يبدره فاذا بدره صار كالامر بان يحمله في غرايره وجعله فيصير قابضا لانه
برضاه **فان قيل** في القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم
وحين اطهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون اثر عمله قايما في المعمول كذا في المبسوط
وفي جامع قاضي خان ظهر اثر عمله في الثوب باستعمال النشا ونحوه كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله
الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض مستتر وقد ظهر بفعله
بخلاف الحمل لانه ما ظهر اثر عمله في العين **قوله** كالحمال روي هذا بروايتين بالحا المهملة وبالجيم
وهو مكاري الجمل وكان بخط شيخي بالجيم ولا خلاف فيه **قوله** وغسل الثوب نظير الحمل
وهذا مخالف لما ذكرنا من رواية المبسوط وجامع قاضي خان من الاصح وذكر في الذخيره مثل غسل الثوب
بدون النشا ونحوه وفيه خلاف بلا ذكر الاصح فوقع اختيار المصنف على اختيار البعض **قوله**
في الوجهين اي فيما لعمله اثر او لا وقد بينا خلافه قبل **قوله** باتصال المبيع اي المعقود عليه
بملكه وفي بعض النسخ باتصال المعقود عليه وهو الاظهر **قوله** لانه اي الابق كان على شرف
الهلاك فصار كانه احياه اي الابق وملكه منه فله حق الحبس اما هاهنا لم يوجد احيا العين ولا وصف
قايم بالعين فلا يملك الحبس كذا ذكره قاضي خان **قوله** ومراده اذا كانوا معلومين وهذا
اختيار الهندواني وعن الفضلي استاجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب لم يجد الحنطة فعاد
ان كان قال استاجرتك من المصر حتى احمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب ولو كان
قال استاجرتك حتى احمل من القرية لا يجب شي لان في الاول العقد على شيين الذهاب الى القرية والحمل
منها وفي الثانية شرط الحمل ولم يوجد فلا يجب شي كذا في الذخيره وجامع التمرتاشي **قوله** لمن ذهب
بكتابه في المسئلة قيود مد الذهاب بالكتاب ليشير الى هذا الحكم فيما ليس له حمل ومونة حتى
لو استاجر بالذهاب والمسئلة بحالها فلا اجر له بالاتفاق وعند زفر يجب وهو قياس قول الايمة
الثلاثة لان المعقود عليه حمل الطعام الى البصرة وقد وجد فوفى بالشرط ثم هو في رده جان فلا
يسقط حقه في الاجر وقيد بالمجي بالجواب لانه لو لم يشترط المجي بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا
كان ميتا او غايبا فانه يجب الاجر كملا وقيد بالذهاب بالكتاب حتى لو ذهب الى فلان بلا كتاب فلا
اجر له وقيد بانه وجده ميتا لانه اذا لم يجده ميتا واتى بالجواب يستحق الاجر كملا وقيد بانه وجده
ميتا حتى لو وجده غايبا ودفع الكتاب الى اخر ليدفعه اليه او دفعه الى فلان وهو لم يقرا ورجع
بالجواب فله اجر الذهاب وقيد استيجاره بتبليغ الكتاب لانه لو استاجره ليبلغ الرسالة الى فلان
بالبصره فذهب ولم يجده او وجده ولم يبلغ رسالته ورجع له الاجر بالاجماع وقيد بانه رد
لانه لو ترك الكتاب ثمه يستحق اجر الذهاب بالاجماع وهذه القيود استفدت من الذخيره وجامع
قاضي خان واشير الى الفرق بين الرساله والكتاب في الذخيره على قولهما فقال لما رد الكتاب فقد
نقض عمله لانه غير مادون بالرد لا نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الاذن انما ثبت
باعتبار ان للكاتب فيه سرا ولا يطلع عليه غير فلان ولا يصح ذلك في الكتاب لما انه مختوم او لانه
كان لا يطلع عليه غير فلان وان لم يكن لا يكون فيه سرا واما الرسالة فلا تخلو عن الاسرار وما
اختار الرساله على الكتابه الا لستر سره عن غير الرسول والمرسل اليه فكان الستر مقصودا فيها فلهذا
اذا ذهب ولم يجد فلانا يستحق الاجر واما التبليغ في الكتاب فممكن بقدر الامكان بان يترك الكتاب

ثمه

لا احداث البياض في انه صفة اصلية لثوب قلنا لما غلب الدرن والوسخ صح

١٠٥

ثمه ولما لم يفعل لم يستحق الاجر **قوله** وقال محمد له الاجر في الذهاب وعند الايمة الثلاثة
له الاجر في الذهاب والرد ايضا لثبوت الاذن بالرد دلالة اذا وجده ميتا اذ ليس له سوى رده
الا بوصيته فتعين رده وذكر ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد وغيره مع ابي حنيفة لمحمد انه اوفى
بعض المعقود دون البعض فيستحق الاجر بقدره وهذا لان الاجر مقابل به اي بقطع المسافة لما فيه من
المشقة لا بحمل الكتاب وحمل الجواب لخفة مونته وقد قطعها له في الذهاب فصار كما لو ترك الكتاب
وعاد فانه يستحق اجر الذهاب اجماعا **قوله** او وسيله اليه اي الى المقصود اما حقيقة او
اعتبارا فلان ترك الكتاب ثمه مفيد لانه ربما يصل الى ورثته فيعملون به او الكتاب ينتفع
به فاذا رده فقد فات ما هو المقصود بالاجارة فيكون ناقضا للعمل اعتبارا كذا ذكره المرغيناني
في شروحه **قوله** بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد فانه يقول نقل الطعام عمل يقابل
الاجر لما فيه من المشقة وقد نقضه بالرد كما في مسئلة خاطه فنقض واما نقل الكتاب فليس بعمل
يقابل به الاجر لخفة مونته وانما الاجر مقابل بقطع المسافة وقد قطعها في الذهاب

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما ذكر الاجارة ومقدماتها شرع في هذا الباب في بيان ما يجوز وما لا يجوز منها **قوله**
لان العمل المتعارف الى اخره وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع
والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين
شيا من ذلك وبه قال ابو ثور وفي الاستحسان يجوز لان المقصود وهو السكنى معلوم بالعرف
فينصرف اليه لان المعروف كالمشروط وله ان يسكنها ويسكنها من شا لانه لا يتفاوت الناس في
ذلك وله ان يعمل فيه كل شي الا ما يضر بالبنا للاطلاق ولا نعلم فيه خلافا للاكثر **قوله**
وله ان يعمل كل شي من الوضوء ووضع المتاع وكسر الحطب وربط الدواب لان سكنا ما لا يتم
الا بذلك فيكون من توابع السكنى فكان قوله وله ان يعمل كل شي صورة المسئلة وقوله لاطلاقها
دليلنا في المبسوط والذخيره انما يكون له ولاية ربط الدواب اذا كان فيها موضع معد لربط الدواب
وهو المربط اما اذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب وما ذكر في الكتاب يعني ربط الدواب
هو بنا على عرفهم فان في عرف ديارهم المربط يكون في الدار لسعة دورهم اما في ديارنا فبخلافه
لان المنازل بخاري تضيق عن سكنى الناس فكيف يتسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب
في عرف الكوفه **قوله** الا انه لا يسكن الى اخره لفظ يسكن يجوز بفتح اليا وضمها وعلى تقدير
الفتح استفاعه حدادا على الحال وعلى الضم على المفعول وعلى التقديرين لا يختلف حكم المسئلة
ذكره في المغرب والذخيره واليه اشار في المبسوط وفيه وفي الذخيره بعد ما ذكر قوله ما خلا
الرحا المراد رحا الما او رحى الثور اما رحى اليد فلا يمنع منه فلا يمنع منه لان هذا لا يضر بالبنا وهو
من توابع السكنى عادة والحاصل ان كل عمل يضر بالبنا ويوهنه فذلك لا يصير مستحقا بمطلق العقد
للمستاجر وعلى هذا كسر الحطب القدر المعتاد منه لا يوهن البنا فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن
البنا فليس له ان يفعل الا برضا صاحب الدار وفي الذخيره ورحى اليد اذا كان يضر بالبنا يمنع عنه
والا لا هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى ثم قال فلو اقعد حدادا او غيره فانهدم شي من البنا
ضمن ذلك لان الانهدام اثر الحداده ولا اجر عليه فيما ضمن لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وان لم ينهدم
شي لا يجب الاجر قياسا لان عمل الحداده والقصاره غير داخل تحت العقد ولهذا كان سببا للضمان
فاذا لم يدخل تحت العقد فالحال قبل العقد وبعده سوا ويجب استحسانا وبه قال الايمة الثلاثة

لان المعقود عليه السكنى وفى الحداده السكنى وزياده فقد استوفى المعقود عليه فيجب الاجر وهكذا
لمن استاجر دابه ليحمل عليها عشره مخاتيم كذا فحمل احد عشر وسلمت الدابه يجب الاجر فكذلك
ههنا ولو اختلف المستاجر والاجر فى ذلك فقال المستاجر استاجرتها للحداده والاجر يقول للسكنى
دون الحداده فالقول للاجر لانه انكر الاجارة اصلا ولو اقاما البينه فالبينه بينه المستاجر لانه
يثبت زياده الشرط وفى المغرب المستعمل لفظ الموجر لا الاجر ولكن ذكره فى كتب الفقه كذلك **قوله**
وللمستاجر الشرب والطريق يعنى وان لم يشترطها وهذه من مسايل الجامع الصغير بخلاف البيع يعنى
لا يدخلان فى البيع الا بالذكر وقد مر فى البيوع فى باب الحقوق **قوله** حتى يسمى ما يزرع فيها
بفتح اليا على بنا الفاعل **قوله** وما يزرع فيها يتفاوت بضم اليا وفى المعنى لان من استاجر
للزرع مطلقا او قال ليزرعها ما شيت فانه يصح ولو زرع ما شا وهو مذهب الشافعى ومالك وعن
ابن سريج لا يصح حتى يبين ما يزرع لان ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان وهو قولنا فيما اطلق الزرع
كما ذكر فى الكتاب ثم لو زرع نوعا من الانواع فى هذه الصورة ومضت المده ففى القياس يجب
عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفى الاستحسان
يجب المسمى وينقلب العقد جايزا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لما ان الاجاره
ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت
كان الارتفاع فى هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جايزا وكذا لو استاجر ثوبا
للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس فى اللبس فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا
لما ذكرنا كذا فى الذخيرة وجامع قاضى خان **قوله** ان يستاجر الساحه بالحا المهمله وهى الارض
الخاليه عن البنا والشجر ويسلمها اى الساحه فارغة اى يجبر على القلع ولا يضمن صاحب الارض قيمه
النقض وبه قال مالك والمزنى وقال الشافعى واحمد ان كان قد شرطا القلع عند انقضايها
كذلك وان اطلقا العقد لم يجبر على القلع الا ان يضمن المالك له قيمه نقضه لانه عليه الصلاه والسلم
قال ليس لعرق ظالم حق وهذا ليس بظالم ولانه غرس باذن المالك ولم يشرط قلعه فلم يجبر
على القلع من غير ضمان النقض كما لو استعار ارضا للغرس مده فرجع قبل انقضايها وقلنا تقدير
المده فى الاجارة يقتضى التفريغ عند انقضايها ولا يقتضى التابيد اذ فيه ضرر لرب الارض
لانه ليس للبنا والغرس مده معلومة فيكون كاشتراط القلع عند الانقضا عرفا ودلالة
قوله حيث يترك باجر المثل وبه قال الشافعى ومالك واحمد ان لم يكن ذلك من تفريط المستاجر
مثل ان يزرع زرعا لم يجر العاده بكماله قبل انقضا المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك
بين اخذه بالقيمه او تركه باجر المثل وقال الشافعى فى وجه يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع
فيلزمه العمل بموجبه وعندنا يترك باجر المثل مطلقا الى زمان الادراك لان فى التاخير مراعاه
الحقين بخلاف لو مات احد المتعاقدين والزرع بقل حيث يترك بلا اجر المثل بل بالمسمى لانا ابقينا
عقد الاجارة بعد انقضا المدة والزرع باجر المثل رعاية للجانبين ضروره وفى الموت الحاجة الى
ابقا العقد فيبقى ما كان مسمى فى العقد وذلك لان الباقى حكم ذلك العقد وذلك العقد يقتضى
ان يكون مضمونا بالمسمى كذا فى الايضاح وجامع قاضى خان وحاصل ذلك ان فى حق البنا والغرس
اتحد الجواب فى الصور الثلاث وهى الاجارة والعاريه والغصب حيث يجب عليهم القلع والتسليم
فارغا وفى الزرع اختلف الجواب ففى الغصب يلزم القلع على الغاصب فى الحال لانه متعد فى
الزراعة وفى الاجارة يترك الى وقت الادراك استحسانا باجر المثل وفى العاريه الموقته وغير

الموقتة لا ياخذها صاحبها الى ان يحصد الزرع استحسانا لانه ما كان متعديا فى الزراعة بجهة
العاريه ولادراك الزرع نهايه معلومة فيترك قالوا وينبغى ان يترك باجر المثل كما فى الاجارة نظرا
للجانبين الكل من المبسوط **قوله** عملا بالاطلاق **فان قيل** ذكر فى المبسوط والمغنى
والذخيرة وشرح الطحاوى استاجر ثوبا ليلبسه يوما ولم يسم من يلبسه او دابه ليركبها يوما
ولم يسم من يركبه او للحمل ولم يسم ما يحمل عليها يفسد الاجاره وكذا فى شرح الاقطع الا ان
يقول يركب من شا فما وجه ما ذكر فى الكتاب **قلنا** قيل فى التوفيق بين الروايات ما ذكر فى
فتاوى قاضى خان انه لو اركب غيره او ركبه بنفسه انقلب جايزا بعد ما وقع فاسدا فعلى هذا
كان ما ذكره محمولا على اخر الاحوال وكان معنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شا
اى لو اركبه ينقلب الى الجواز بعد ما وقع فاسدا او المراد منه ما هو المذكور فى شرح الاقطع
كما ذكرنا وكان معنى قوله فان اطلق الركوب اى استاجرها للركوب على ان يركب عليها من شا
واختاره صاحب الكافى والاوجه فيه ان يقال ما ذكره من الفساد جواب القياس وما ذكر من الجواز
جواب الاستحسان فانه ذكر فى المبسوط بعد ما ذكرنا فالعقد فاسد لجهاله المعقود عليه لان
حمل بعض الاشيا وركوب بعض الاشخاص او لبس البعض غير معلوم لينصرف مطلق العقد اليه
ويقع التفاوت فى الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز
العقد وفى الاستحسان ان الجهاله المفسده قد زال بركوب نفسه واركاب غيره فجعلنا التعيين
فى الانتها كالتعيين فى الابتدا **قوله** كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالفسطاط ونحوه
حتى لو استاجر فسطاطا ودفعه الى غيره اجاره او اعاره فنصبه وسكن فيه ضمنه عند ابى
يوسف لتفاوت الناس فى نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى
فصار كالدار **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يسكن حدادا الى اخره **قوله**
كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فالشعير ينصرف الى المثل والسمسم الى الاقل اذا كان البعد
فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن هذا جواب الاستحسان اما لو سمى قدرا من الحنطه وزنا فحمل
مثل الوزن من الشعير يضمن وقد مر نظير هذا فى العاريه ولكن ذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه لا
يضمن فى هذا ايضا وهو الاصح لان ضرر الشعير مثل ضرر الحنطه فى حق الدابه عند استوايهما وزنا
وبه يفتى الصدر الشهيد كذا فى الذخيره وفى المبسوط المسئله على اربعة اوجه احدها ان يحمل
ما عينه والثانى ان يخالف فى الجنس ففى القياس يضمن لانه مخالف وفى الاستحسان لا يضمن فى
المثل والاخف لانه لا فايده فى تعيين الحنطه والثالث ان يخالف الى ما هو اضر بان حمل عليها
حديدا مثل وزن الحنطه او آجرا او ملحا فيضمن لان هذا يجتمع فى موضع واحد فيدق ظهر الدابه
وكذا لو حمل وزن الحنطة قطنا يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابه فوق ما ياخذ الحنطة فكان اضر
عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا او تبنا والرابع ان يخالف فى القدر بان قال عشره مخاتيم
حنطه فحمل خمسه عشر مختوما فهلك يضمن ثلث قيمتها لانه فى مقدار عشره مخاتيم موافق لانه
حمل بالاذن وفيما زاد بغير الاذن فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وقال الشافعى
واحمد يضمن قيمتها كما فى الغصب لانه متعد اذا لم يكن معها صاحبها وان كان صاحبها معها فان تلف
بعد التسليم الى صاحبها لم يضمن وان تلف فى حال الحمل ضمن وفى قدر الضمان قولان احدهما
نصف قيمته والثانى انه يقسط وما قابل الزيادة يجب واذا لم يهلك يجب المسمى وفيما زاد
اجر المثل وعن مالك خير المالك بين تضمين القيمه بالتعدى وبين اجر المثل **قوله** فاردف

فاردف معه رجلا يقيد بالارداف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمه وان كانت الدابة
تطيق ذلك لان ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق عليها فصار كما لو حملها
مثل وزن الحنطه حديدا فضمن نصف قيمتها اي مع تمام الاجر اذا كان الهلاك بعد البلوغ الى المقصد ثم
المالك بالخيار ان شاء ضمن المستاجر ولا يرجع المستاجر على الغير سوا كان الغير مستعيرا او مستاجرا
وان ضمن الرديف يرجع على المستاجر ان كان الغير مستاجرا وان كان مستعيرا لا يرجع وهذا اذا
كانت الدابة تطيق ذلك فان لم تطق يضمن جميع قيمتها وهو قياس قول الشافعي واحمد وقال الشافعي
في قول يجب على المردف نصف الضمان كقولنا وقال في قول يقسط على اوزانهما ان تطيق ذلك
قوله لعلمه بالفروسيه فرب خفيف لا يحسن الركوب فيضر بالدابة ورب ثقيل يحسن الركو
فلا يضر بالدابة ولهذا قال الحلواني هذا اذا اردف مثله اما لو اردف صبيا لا يستمسك
بنفسه فكان بمنزلة الحمل فيضمن بقدر ثقله **قوله** كعدد الجناة يعني يعتبر عدد الجناة لا عدد
الجنايات حتى لو جرح انسان عشر جراحات وجرح اخر جراحة فالضمان نصفان فربما يهلك الانسان
من جراحة ويسلم من عشر جراحات **فان قيل** ينبغي ان يضمن كل القيمه لانه لو استاجرها
ليركبها بنفسه وفي مثله لو اركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمه وههنا وجد اركاب الغير
مع ركوب نفسه فركوبه بنفسه ان لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الاركاب ينبغي ان لا
يوجب نقصان ضمان منه وكذا ينبغي ان لا يجب عليه الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وههنا
يجب عليه نصف الضمان فينبغي ان لا يجب عليه نصف الاجر **قلنا** انما ينتفي الاجر عند وجوب
الضمان اذا ملكه بالضمان بطريق الغصب لانه لا اجر في ملكه وههنا لم يملك بهذا الضمان شيئا مما
شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله غيره ولا اجر بمقابلة ذلك ليسقط
عنه لما بينا ان الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصفين وهذا
هو الجواب عما سال بقوله **فان قيل** قد تقرر عليه ضمان نصف القيمه وقد ملك نصف
الدابة من حين ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر والجواب عن قوله وفي مثله لو اركب غيره يجب
عليه ضمان كل القيمه انه اذا اركب غيره فهو مخالف في الكل اذا اركبها بنفسه فهو موافق فيما
شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره الا ترى انه لو استاجرها لركوبه لم يجب الاجر اذا حمل عليها
غيره ووجب الاجر اذا اركبها وحمل مع نفسه غيره كذا في المبسوط وفيه هذا اذا كانت الدابة تطيق
ذلك حمل رجلين فان لم تطق فان كان يعلم ان لا تطيق ذلك فهو متلف يضمن جميع قيمتها **قوله**
فانقسم اي الضمان عليهما اي على ما هو ماذون فيه وعلى ما هو غير ماذون وهذا بخلاف ما لو
استاجر ثورا ليطحن به عشره مخاتيم فطحن احد عشر فهلك حيث يضمن جميع قيمتها ولا يتوزع لما ان
الطحن يكون شيا فشيا فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك في الطحن مخالف في
جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميعها اما الحمل فيكون حمله واحدة فهو في
البعض مستعمل بالاذن وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان كذا في المبسوط وعن هذا قال في
المغني في مسئلة الحنطة التي زاد على المسمى هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا حمل عليها
احد عشر مختوما دفعه واحده اما اذا حمل عليها عشره مخاتيم ثم حمل عليها مختوما وعطبت ضمن
جميع قيمتها كما في مسئلة الطحن **قوله** ضمن ما زاد الثقل مقيد بما اذا كان المزيد من جنس
المسمى كما ذكرنا في مخاتيم الحنطه لانه اذا لم يكن المزيد من جنس المسمى كما لو استاجرها ليحمل عليها
كر شعير فحمل عليها حنطه مثل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها لان الحنطه بمثل كيل الشعير

اثقل فيكون ضررها اكثر والفرق ان المزيد اذا كان من جنس المسمى كان في حق المزيد عليه ما
ذكرنا وفي حق الزيادة فلا يضمن لما اذن فيه اما اذا كانت الزيادة من غير جنس المسمى كانت
المخالفة في الجميع فيضمن لان هنالك ما عمل غير داخل تحت العقد الا انا نسقط حكم الخلاف اذا
تساويا في الضرر فاذا لم يتساويا ظهر موجب الخلاف وهو نظير الحايط المشترك اذا اذا
مال فاشهد على احدهما ثم سقط فقتل انسانا فانه يضمن بقدر نصيبه اليه اشار في الذخيرة
والايضاح **قوله** وان كبح الدابة اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري كذا في الصحاح **قوله**
وقالا اي ابو يوسف ومحمد لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا وبه قال الشافعي ومالك واحمد
واسحق وابو ثور لان المتعارف يدخل تحت العقد اذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا والضرب
والكبح باللجام معتاد فيثبت الاذن بهما دلالة ولو اذن فيهما لم يضمن بالاتفاق فكذا اذا ثبت
عرفا وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نخس بعير جابر وضربه وكان ابو بكر يحرش بعيره بمحجنه
ولابي حنيفة انه تلف بجنايته فيضمن كغير المستاجر وذلك لان المستحق السير لا بهاتين وبالكبح
والضرب يستخرج منها نهايته ومطلق السير قد يستخرج بالتحريك والصياح فلا يكون الضرب
من اللوازم على انه ان ابيح له الضرب يتقيد بشرط السلامة لانه انما ابيح له لمنفعة نفسه
لا لحق المالك فان حق المالك مقرر في الاجر دونه وصار كتعزير الزوج زوجته ورمي
الرجل الى الصيد ومشيه في الطريق فان هذا كله مباح شرعا ويتقيد بشرط السلامة بخلاف
ما اذا اذن نصا فان بعده فعله كفعل المالك كذا في المبسوط وفعل النبي عليه الصلاة والسلام يدل
على اباحته وهذا لا ينفي الضمان لانه مقيد بشرط السلامة اما الاب اذا ضرب ابنه للتاديب ضربا
يضرب مثله فمات من ذلك ضمن الدية والكفاره وبه قال الشافعي لانه يمكنه التاديب بغير الضرب
وعندهما ومالك واحمد لا يضمن وعلى هذا الخلاف الوصي ولو اسرف في الضرب او ضرب من لا يعقل
له فعليه الضمان بالاجماع • الحيره بكسر الحا مدينة على ميل من الكوفة **قوله** فهو ضامن وكذلك
العارية وبه قال الشافعي ومالك واحمد وهل يجب اجر المثل في الزيادة فعندنا والثوري لا يجب وعند
الشافعي واحمد يجب اجر المثل في الزيادة وحكي عن مالك اذا تجاوزها الى مسافة بعيدة خير صاحبها
من اجر المثل ومن المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعد بامساكها فكان لصاحبها تضمينها اياه
قوله يجري على الاطلاق اي سوا استاجرها ذاهبا او جائيا او لا فلا يبرا بالعود لانه بالمجاوزة
صار غاصبا ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرا عن الضمان الا بالرد على المالك او على من
هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد **فان قيل** غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على
الغاصب فانه يبرا وان لم يوجد الرد على هذين **قلنا** نزيد في الماخذ فنقول انما يبرا بالرد
الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول
لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد الظهيريه وطعن عيسى بن ابان وقال
الحاق الاجارة بالعاريه كما ذكره في الكتاب غير مستقيم لما ان يد المستاجر كيد المالك حتى يرجع بما
لحقه من الضمان على المالك كما في الوديعة ولهذا مونة الرد على المالك بخلاف العاريه حيث
لا يرجع المستعير على المالك بشي قلنا يد المستاجر يد نفسه لانه قبضه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير
ولكن رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضه وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد
نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور **فان قيل** لو استاجرت المراة ثوبا لتلبسه ايام معلومة
فلبست بالليل كانت ضامنه ثم اذا جا النهار بريت من الضمان نعلم ان المستاجر اذا عاد الى الوفاق

يبرا من الضمان **قلنا** وجوب الضمان عليها بالاستعمال دون اليد فلها ان يمسكه بالليل وههنا وجوب الضمان باعتبار امساك الدابة بعد المجاوزه بدليل انه لو لم يركبها فهلكت يضمن والامساك وان اعادها الى الحيره يزول بالرد على المالك اولى من هو قايم مقامه ولم يوجد كذا ذكره المحبوبي **قوله** وهذا اي الجواب على الاطلاق اصح وفي الكافي ومثل الاول اصح **قوله** اذ لا فايده في التقييد بغيره اي من حيث المنع اي لا فايدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحب الدابة اذا كان غير ذلك السرج مماثل السرج الذي عينه والاولى في اللفظ ههنا ان يقال اذ لا فايدة في التقييد بعينه اي بعين ذلك السرج الذي عينه المالك كما قاله المحبوبي **قوله** وان كان لا يسرج بمثله الحمير بان اسرج الحمار بسرج البرذون ضمن اي جميع القيمه وفي الفوايد الظهيريه ضمن القيمه ولم يذكر فيه خلافا ولا يقال التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين الاكاف والسرج لان السرج جنس واحد اما الاكاف فمخالف للسرج جنسا فيجب ان لا يضمن جميع القيمة عندهما كما لو اوكف المسرج لانا نقول التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف في الصورة والانتفاع اما في حق الاضرار بالدابة بين سرج الحمير وبين اكاف يوكف بها الحمر اقل من التفاوت بين سرج الحمير وسرج البراذين وحكم الضمان يتعلق بالضرر **قوله** وقالا يضمن بحسابه قال بعض المشايخ ليس في المسئلتين اختلاف الروايتين عن ابي حنيفه لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه ضامن جميع القيمه ولكن قال هو ضامن ولم يبين اي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر **وقيل** عن ابي حنيفه روايتان في روايه الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع يضمن جميع القيمه قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا في معنى قولهما يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفه **قيل** المراد هو المساحة حتى لو كان السرج ياخذ من ظهر الدابه قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها وقيل بحسابه بالثقل والخفة كذا في جامع المحبوبي **قوله** اما اذا كان اي التفاوت وهو ان يكون الذي سلكه اشق او ابعد او اخوف يهلك يضمن ولا نعلم فيه خلاف وان بلغ اليه المتاع مع ذلك فله الاجر لحصول المقصود كذا في الفوايد الظهيريه ولا خلاف فيه و**قوله** الا ان الظاهر الى اخره جواب اشكال يرد على التفصيل وهو ان يقال ان محمدا اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فكيف يقيدها بهذا وان بلغ فله الاجر الى اخره وكذلك في مسئلة البحر **فان قيل** اجتمع الضمان مع الاجر وقد ذكرنا من المبسوط انهما لا يجتمعان **قلنا** ليس كذلك لان الضمان حال عدم التبليغ والاجر في حالة التبليغ وان سلم لكن مثل هذا الجمع يجوز كما في العبد المحجور اذا اجر نفسه فان تلف في العمل كان المستاجر ضامنا وان سلم يجب الاجر فهذا مثله ذكره المحبوبي **قوله** لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر وعن العباس رضي الله عنه انه كان يشترط على المضارب ان لا يركب بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري ذا كبد قيل ان البحر دور على عود **قوله** ضمن ما نقصها ولا يعلم فيه خلاف **قوله** لا اجر له لانه غاصب وعند الشافعي واحمد رب الارض مخير بين اخذ الاجر وما نقصت الارض وبين اخذ اجر المثل للجميع وعند احمد في روايه عليه اجر المثل كالغاصب و**قوله** على ما قررناه اشاره الى قوله لان الرطاب اضر بالارض **قوله** قيل معناه القرطق الذي الى اخره القرطق تعريب كرته ويك تاهي والقرطق الذي يلبسه الاتراك مكان القميص ويقال بالفارسيه يكتهي وفي المغرب القرطق قبا ذو طاق واحد يعني يكتاه قال

الامام

الامام ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قبا طاق واذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد من القرطق كذا في الخبازية **قوله** وعن ابي حنيفه وهو روايه الحسن عنه يضمنه من غير خيار اي لا خيار لرب الثوب والخياط ضامن قيمه ثوبه وهو قياس قول الايمة الثلاثة هذا ايضا اذا تصادقا على الامر بخياطه القميص ولو تخالفا فقال رب الثوب امرتك بخياطة القميص وقال الخياط لا بل امرتني بخياطة القبا فالقول لرب الثوب وبه قال ملك واحمد وابن ابي ليلى وابو ثور وقال احمد في رواية القول للخياط لانهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المادون له كالمضارب واختلف اصحاب الشافعي فمنهم من قال في المسله قولان كالمذهبين ومنهم من قال الصحيح ان القول لرب الثوب ومنهم من قال له قول ثالث انهما يتحالفان كالمتبايعان يختلفان في الثمن **قوله** لا يجاوز به المسمى عندنا خلافا للايمة الثلاثه كما يجي في الاجاره الفاسدة **قوله** يضمن من غير خلاف وبه قالت الايمه الثلاثه **قوله** للاتحاد في اصل المنفعه وهو اللبس والستر والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

لما ذكر حكم الصحيحة شرع في الفاسدة لانها تاخذ الحكم من الصحيحة **قوله** يفسدها الشروط اي شرط يخالف موجب العقد كما لو استاجر رحاما على انه ان انقطع ماوه فالاجر عليه فان موجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفا المعقود فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لان الاجارة بنيت على المضايقه والمماكسة فيفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة الا ترى ان النكاح لا يفسد بالشرط لما انه بني على المسامحة ولا يعلم فيه خلاف **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة الى اخره هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهاله المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ ذكره في المغني والذخيره وفتاوى قاضي خان **قوله** وقال زفر والشافعي وبه قال ملك واحمد لان المنافع متقومه عندهم فاذا تعذر ايجاب المسمى للفساد يجب المصير الى القيمه كما في الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها لان التقوم يستدعي سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز كما ذكر في الاصول بل بالعقد يعني صارت متقومه شرعا بالعقد لضرورة حاجه الناس اليه مكتفي بالضرورة في الصحيح اي تقوم المنافع للضرورة مكتفي في العقد الصحيح دون الفاسد ويعتبر ما جعل بدلا في الصحيح بدلا في الفاسد الا ان الفاسد يلحق بالصحيح لكونه تبعا له والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع باصله دون وصفه وفي تمييزه من الصحيح حرج فالحقناه به فاذا الحق به يعتبر فيه ما يعتبر في الصحيح من البدل عاده وهو اجر المثل الا انه اذا كان المسمى اقل يجب المسمى لاتفاقهما على هذا القدر فقد اسقطا الزيادة والاسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا تفسد بفسادها لرضاه بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها فلم يظهر التقوم فيما زاد على ذلك واذا انتقض اجر المثل بحسب اجر المثل لفساد التسميه فان صحت التسمية انتقل اي التسميه على تاويل ذكر التسمية عنه اي عن الموجب الاصلي وهو القيمه في الاعيان وفي الحاصل من شرح الطحاوي في الاجارة الفاسدة لا يجب الاجر اذا لم ينتفع به عندنا واحمد وعند الشافعي ومالك يجب اجر المثل بالتمكن من الاستيفا كالصحيح ولو استاجر شيا ثم اجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف وقيل يجوز في العقار عند ابي حنيفة وان اجره بعد القبض يجوز بلا خلاف فلو كانت الاجرة الثانيه اكثر لا تطيب له الفضل عندنا والثوري والشعبي وابن المسيب واحمد في رواية وقال الشافعي واحمد وابو ثور وعطا والحسن والزهري تطيب له لانه المنفعة بعقد الاجارة وقلنا هذا ربح ما لم يضمن وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك

قوله فالعقد صحيح في شهر واحد وبه قال الشافعي في الاملاء واختاره الاصطخري من اصحابه
واحمد وقال الشافعي في الاصح الاجارة باطلة لان كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مبهما مجهولا
يكون فاسدا وقال مالك الاجارة صحيحة وكلما مضى شهر استحق الاجرة لان الاجارة لا تكون
لازمة عنده لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج الى ذكر المدة اما لو قال اجرتك دار
عشرين شهرا كل شهر بدرهم يجوز عند الجميع ولا خلاف فيه لان المدة صارت معلومة قوله
لان الاصل الى اخره معناه انه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى
والكل لعدم اولوية بعضها على البعض فتعين الادنى وهو اي الشهر الاول كان لكل واحد نقض
الاجارة ثم اذا فسخ احدهما الاجارة من غير محضر صاحبه هل يصح قال بعض المشايخ على الخلاف
على قول ابي يوسف يصح وعلى قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح وقال بعضهم لا يصح الفسخ هاهنا الا
بمحضر صاحبه بالاتفاق والوجه من الطرفين مذكور في الذخيرة قوله فان سكن ساعة
من الشهر الثاني تم العقد وبه قال احمد لان التراضي منهما جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالمعاطاة
قوله الا ان الذي ذكره في الكتاب من قوله اذا سكن ساعة من الشهر الثاني تم العقد هو
القياس وقد مال اليه بعض المتاخرين لان راس الشهر في الحقيقة هو الساعة التي يهل فيها الهلال
فاذا اهل مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة
الاولى من الشهر ويومها لان ذلك راس الشهر عرفا وفي اعتبار الاول نوع حرج كذا في المبسوط وفي الذخيرة
قيل لم يرد محمد بقوله لكل منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة بل مراده راس الشهر
من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها مع يومها كما قال محمد في كتاب الايمان حلف ليقضين
حقه راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها لم يحنث استحسانا وقيل طريق فسخه ان يقول الفاسخ
قبل مجي الشهر فسخت الاجارة راس الشهر فتنفسخ الاجارة اذا اهل اذ عقد الاجارة مضافا يصح فكذا
فسخه وذكر الحاكم احمد السمرقندي في شروطه في هذه المسألة لو عجل اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الاجر
الاجر فلذلك ليس لاحدهما الفسخ في قدر ما عجل به اذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل قوله
استاجر دارا سنة الى اخره ولا نعلم فيه خلافا قوله يعتبر ابتداء المدة مما سمى بان يقول من
شهر رجب من هذه السنة وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجرها لتساوي الاوقات كلها
في مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان والاجال بان حلف لا يكلم فلانا شهرا بخلاف
الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات
لان الليل ليست بمحل للصوم وفي المبسوط لو استاجر كل شهر بكذا ولم يسم اول الشهر فهو الوقت
المتصل بالعقد عندنا وعند الشافعي لا يصح الاجارة الا ان يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا
بالشرط لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة كما لو قال لله علي ان اصوم
شهرا لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره قلنا الاوقات كلها الى اخر ما ذكرنا قوله يهل الهلال
بضم الياء وفتح الهاء على بناء المفعول اي يبصر الهلال اراد به اليوم الاول من الشهر لانها اي الاهلة هي
الاصل في الشهور قال تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة الا
ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة
شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الى البدل اذا تعذر اعتبار الاصل وهاهنا يمكن فكان له ان يسكنها الى
ان يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان في اثناء الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام يعني
لو وقعت الاجارة في نصف الشهر اعتد مضي ايام كلها بالايام عند ابي حنيفة ثلاث مائة وستين يوما

وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية وفي قول اخر ورواية اخرى كقول محمد وعند محمد الشهر
الاول بالايام والباقي بالاهلة وفي الذخيرة على قول محمد يعتبر الشهر الاول بالايام ويكمل من الشهر
الاخير والباقي الشهور بالاهلة قوله ونظيره اي نظير هذا الاختلاف مسألة العدة وقد مر
في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف لم يمر في الطلاق وما يتعلق
به قال الامام المحقق برهان الدين السمرقندي يا قبله المصنف غلط صاحب النهاية فان الحوالة
رائجة لانه ذكر في اول الكتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة الى
قوله وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة الى اخره قوله ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام الى اخره
وانما خصهما بالذكر لان لبعض الناس فيه خلافا فقال القاضي الحنبلي عن احمد انه لا يباح اجر الحجام وممن
كره كسبه عثمان وابو هريرة والحسن والنخعي وذلك لانه عليه الصلاة والسلام قال كسب الحجام خبيث
رواه مسلم وقال اطعمه ناضحك ورقيقك وفي المبسوط كره بعض العلماء غلة الحجام والحمام اخذا بظاهر
الحديث وقالوا الحمام بيت الشياطين وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه يكشف فيه
العورات ويصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا
يكره اتخاذ حمام النساء لانهن منعن من الخروج واجتماعهن قل ما يخلو عن فتنة وروي ان نساء دخلن
على عائشة رضي الله عنها قالت اانتن من اللاتي يدخلن الحمامات وامرت باخراجهن وعند اكثر العلماء
والمجتهدين لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء للضرورة خصوصا في ديار البرد وقد صح انه عليه
الصلاة والسلام دخل حمام جحفة وتاويل ما روي من الكراهة اذا كان مكشوف العورة ولا كراهة
في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت واما كسب الحجام فاصحاب الظاهر يأخذون
بظاهر الحديث وهو ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز
الطحان وروى ابو هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام
ولنا ما روى ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام احتجم واعطى الحجام اجرة متفق عليه ولو علمه حراما
لم يعطه والنهي عن كسب الحجام قد انتسخ بدليل ما ذكره في اخر حديث ابي هريرة قال فاتاه رجل من
الانصار وقال ان لي عيالا وحجاما وناضحا افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم وقال اخر ان لي عيالا وحجاما
افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة اذ لو بقيت لما جاز ان يطعم
رقيقه وعياله فانهم ادميون يحرم ما حرم الله عليهم قوله ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس اي لا يجوز اجارة الفحل للضراب وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر العلماء وخرج ابو الخطاب
الحنبلي وبعض اصحاب الشافعي وجها في جوازه وقال انتفاع مباح والحاجة تدعو اليه فيجوز كاجارة
الظئر للارضاع والبئر للاستقاء ولهذا ابيح الانتفاع به بالاعارة فيستباح بالاجارة ولنا انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس رواه البخاري وفي لفظه عن ضراب الجمل ولانه يلتزم ما لا
يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه اذ هو ينبني على نشاط الفحل ولانه اخذ
مال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له كالميتة والدم وفي المغرب عسب الفحل ضرابه يقال عسب الفحل
الناقة يعسبها عسبا والمراد ذكر العسب على حذف مضاف قوله وعند الشافعي يصح في كل ما
لا يتعين على الاجير حتى لو تعين بان كان الامام او المفتي واحدا لا يجوز الاستئجار بالاجماع وبقوله قال
مالك واحمد في رواية ابي الخطاب عنه وابو ثور وابو قلابة ونص احمد مثل قولنا وبقولنا عطاء
والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعي والشعبي وللشافعي انه عليه الصلاة والسلام
زوج رجلا بما معه من القران متفق عليه فاذا جاز تعليم القران عوضا في باب النكاح فجاز اخذ الاجرة

عليه في الاجارة وقد قال عليه الصلاة والسلام احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله حديث صحيح
وثبت ان ابا سعيد رقا رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فاخذ اصحابه الجعل فاتوا به النبي صلى الله عليه
وسلم فقال عليه الصلاة والسلام لعمري لمن اكل برقية باطلة لقد اكلت برقية حق كلوا واضربوا لي
معكم بسهم فاذا جاز اخذ الجعل جاز اخذ الاجر عليه كبنا المسجد والقناطر اذ الحاجة تدعو اليه
فانه قد يحتاج الى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع
بذلك فيحتاج الى بذل الاجر فيه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقروا القران ولا تاكلوا به
وحديث عثمان بن ابي العاص المذكور في المتن قال الترمذي هذا حديث حسن وروى الاثرم في سننه
عن عبد الرحمن بن شبل الانصاري قال سمعت رسول الله عليه وسلم يقول اقروا القران ولا تغلوا فيه
ولا تجفوا عنه ولا تاكلوا به ولا تستكثروا به ولان القربة متى حصلت وقعت عن الفاعل لغيره ولهذا
تعتبر اهلية الفاعل ونيته لا نية الامر واهليته كما في الزكاة حتى لو كان المامور كافرا يصح اداء الزكاة
منه عن المسلم فكان الاجر على عمل بنفسه لا للمستاجر فلا يجوز كما في الصلاة والصوم واما حديث
النكاح بالتعليم فليس فيه تصريح بان التعليم صداق انما قال عليه الصلاة والسلام زوجتكها بما معك
من القران فيحتمل انه زوجها اياه بغير صداق اكراما له كما زوج ابا طلحة ام سليم على اسلامه او
تزوجها بسببه ومع ذلك يجب مهر المثل فان النكاح يصح بدون ذكر المهر ويجوز ان يكون الباء بمكان
اللام اي لما معك من القران لان ذلك سبب للاجتماع بينهما ولعل المراة وهبت مهرها له باعتبار
ذلك واما حديث ابي سعيد فان الرقية نوع مداواة والماخوذ عليها جعل والمداواة يباح اخذ الاجر
عليها مع ان الجعالة اوسع من الاجارة ولهذا تجوز الجعالة مع جهالة العمل والمدة دون الاجارة
ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله يعني الجعالة في الرقية لانه
ذكر ذلك في سياق خبر الرقية واما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه
الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين فجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر
واما الاستنابة عن الحج فللامر ثواب الانفاق وبه يسقط الفرض عنه كما ذكر في الاصول فيكون
لخدمته او لقطع مسافته وعلى تقدير ان الافعال تقع عن الامر لا يكون اجارة على الحج بل هو
انفاق على النايب فلا يكون اجارة **قوله** وبعض مشايخنا الى اخره ومنهم ائمة بلخ فانهم اختاروا
اقوال اهل المدينة وقالوا ان المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس في التعليم حسبة ومروة المعلمين
في مجازاة الاحسان بالاحسان بلا شرط وفي زماننا قد زال المعنيان ففي الامتناع عنه تضييع حفظ
القران ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن
النبي عليه الصلاة والسلام وزمن ابي بكر حتى منعهن عمر عن ذلك وكان ما راه صوابا فيفتى بالجواز وكذا
يفتى بجواز الاجارة على تعليم الفقه لما ذكرنا اذا ضربوا لذلك مدة حتى يجبر الاب على دفع الاجر الى
المعلم وان لم يضرب المدة يجب اجر المثل ويجبر على دفعه وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وقال الامام
الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والموذن والمعلم اخذ الاجر كذا في الروضة والذخيرة **قوله**
وكذا سائر الملاهي كالمزامير والطبل وغيرهما وبه قالت الائمة الثلاثة وابو ثور وقال الشعبي والنخعي
يكره ذلك ويجوز اما الاستيجار لكاتب يكتب له غناء ونوحا يجوز عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وللائمة
الثلاثة وعلى هذا الخلاف استيجار على حمل الخمر **قوله** والمعصية لا يستحق بالعقد اذ لا يستحق
على احد شيء يكون به عاصيا شرعا لانه لا تصير المعصية مضافة الى الشرع ولان الاجير مع المستاجر
يشتركان في منفعة ذلك فتكون الاجارة واقعة على عمل هو شريك فيه كذا في الذخيرة **قوله**

ولا تجوز

ولا تجوز اجارة المشاع الا من الشريك عند ابي حنيفة وزفر واحمد فيما يقسم كالارض وفيما لا يقسم كالعبد
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي ومالك يجوز ويتهايان ويجبران على ذلك وصورته ان يوجر
نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة بينه وبين غيره من غير الشريك او يوجر نصف عبد
او نصف دابة من غير الشريك لهما ان هذا عقد معاوضة فيجوز في الشايع كالبيع وهذا لان موجب
الاجارة ملك المنفعة وللجزء الشايع منفعة ولهذا اذا سكن المستاجر فيها يجب اجر المثل على قول
ابي حنيفة ولو كانت فايتة اصلا لما انعقد اصلا كالاجارة على منافع الرضيع والتسليم ممكن بالتخلية
او بالتهايي فصار كما لو اجر من شريكه ولو كان الشيوع مانعا لما جاز من شريكه كالهبة ولو اجار من رجلين
يجوز وكل واحد من المستاجرين يملك منفعة النصف شايعا ولانه لو اعار نصف داره شايعا يجوز واثر
الشيوع في منع التبرع اكثر من المنع من المعاوضة اولى ولابي حنيفة انه اجر ما لا يقدر على تسليمه اذ تسليم المشاع
وحده غير متصور واستيفاء المنفعة في النصف شايعا لا يتصور لان الانتفاع امر حسي والشايع لا يحتمله
والسكنى من الساكن لا يتصور في جزء شايع وانما يحل جزءا معينا وكذا ساير الانتفاعات لا تتصور في الشايع
قوله والتخلية الى اخره جواب سوال وهو ان التخلية تكون تسليما في البيع فكذا في الاجارة فقال
انما اعتبرت التخلية تسليما في البيع لوقوعه اي لوقوع التخلية بتاويل رفع المانع تمكينا اي من القبض وهو
الفعل الذي يحصل به التمكين من القبض اي من المشتري كالبيع والاعتاق والانتفاع بالتهايؤ ولا يمكن
في المشاع اي في اجارة المشاع لان المقصود في الاستيجار الانتفاع يتحقق حسا ولا يحصل في المشاع بالتخلية
لان ذلك الحكمي وليس بحقيقي وحكم البيع ثبوت الملك وهو امر شرعي فيجوز ان يقوم التخلي مقام القبض لان
بنا الشرا ليس على الانتفاع الحقيقي ولهذا يجوز بيع الجحش لتحقق حكم البيع فيه وهو الملك ولا يجوز اجارته لعدم
تحقق حكم الاجارة وهو الانتفاع الحقيقي فلا يكون التخلي في باب الاجارة قبضا اليه اشار في الاسرار **قوله**
واما التهايي الى اخره جواب سوال اخر بان يقال يمكن الانتفاع بالتهايي فاجاب عنه فقال التهايي انما
يستحق حكما للملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدور التسليم شرط العقد فينبغي
ان يكون سابقا على العقد او حالة العقد فلا يمكن ان يجعل المتاخر سابقا لانه قلب الحكم شرطا وذا لا
يجوز **قوله** والاختلاف في النسبة لا يضره يعني كل المنفعة تحدث على ملك الشريك فلا يظهر معنى
الشيوع وانما يظهر الاختلاف في حق السبب فالبعض يحدث بحكم الملك والبعض بحكم الاجارة ولا عبرة
لاختلاف الاسباب مع اتحاد الحكم واذا لم يظهر الشيوع صح العقد على انه لا يصح في رواية الحسن عن ابي
حنيفة لان استيفاء المنفعة التي تناولها عقد الاجارة لا يتاتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك
مفسد للاجارة كمن استاجر احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب فانه لا يجوز وجه ظاهر الرواية
ان استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتاتى ههنا كما ذكرنا بخلاف الاجارة من غيره
فهناك يتعذر الاستيفاء لما ذكرنا وهذا نظير بيع الابق ممن في يده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه
ومن غيره لا يجوز للعجز عن التسليم **قوله** بخلاف الشيوع الطاري بان مات احد المستاجرين فان
العقد يبقى في الحي شايعا في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة انه يفسد في
حق الحي لان الاجارة تتجدد انعقادها بحسب حدوث المنفعة فكان هذا في معنى الشيوع المقترن
بالعقد وجه الظاهر ان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال
والشيوع طارئ والشيوع الطاري ليس كالمقارن كما في الهبة بان وهب جميع الدار وسلمها ثم رجع
في نصفها كذا في الاسرار والمبسوط وذكر في الاسرار كلام ابي حنيفة ادق وكلامهما اظهر لان اصل
المنفعة قايمة في الشيوع وفي المغني الفتوى على قولهما في اجارة المشاع ولو اراد حيلة ليجوز على قول

الكل يرفع العقد الى القاضي يحكم به ولو بعد المرافعة بعقد العقد في الكل ثم يفسخان العقد في بعضه
بقدر ما يتفق عليه العاقدان لان الشيوع الطاري لا يمنع الجواز بالاتفاق على ظاهر الرواية **قوله** لان
المسلم بعد جملة اذا العقد اضيف الى كل الدار ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر بتفرق الملك وقوله بتفرق
الملك بالتخلية الجارية فيما بينهما وهو طاري وفي المبسوط ثم المهاياة بعد ذلك تكون بين المستاجرين بحكم ملكهما
وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب اجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز
عن التسليم لا يمنع الانعقاد على الفساد كما لو باع ابقا بالف فالعقد ينعقد على الفساد حتى لو تبعه الالف
ملكها بحكم العقد الفاسد ولو استاجر طريقا ليمر فيه ولم يبين موضعه لم يجز عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو
فرع اختلافهم في اجارة المشاع **قوله** قوله تعالى فان ارضعن لكم والمراد بعد الطلاق وبعث النبي
عليه الصلاة والسلام والناس يتعاطونه فاقرهم عليه واجمعت الامة على جوازها باجرة معلومة ولان
الحاجة ماسة اليه اذ الصغير لا يتربى الا بلبن الادمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض او موت او جهل
فلا يحصل المقصود الا بالاستيجار ثم قيل المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الولد وما يحتاج
اليه واللبن يستحق على طريق التبع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والهداية وبعض اصحاب احمد
والشافعي **وقيل** ان العقد يقع على اللبن وهو اختيار شمس الائمة السرخسي فانه ذكر في المبسوط
والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه المقصود وما سواه من القيام بمصالح الولد يحتاج اليه
في الارضاع تبع له هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الادمي بعقد الاجارة
دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد
ذكر بعد هذا في الكتاب ولو ارضعته بلبن الشاة فلا اجر لها وهذا يدل ايضا ان اللبن غير تابع بل معقود
عليه قال صاحب النهاية عجبت لمن تبع غيره مع الدليل الواضح معه والرواية المنصوصة عن محمد مثله
وقال القاضي الحنبلي وهو الاشبه لان المقصود هو اللبن دون الخدمة ولهذا لو ارضعته بلا خدمة تستحق
الاجر ولانه تعالى قال فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فجعل الاجر مرتبا على الارضاع كذا في المغني لابن قدامة
الحنبلي وبه قال بعض الشافعية **قوله** والاول وهو ان العقد يقع على المنافع اقرب الى الفقه وفي
الكافي وهو الصحيح لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان قصدا كما لو استاجر بقرة او شاة مدة معلومة
ليشرب لبنها وفي المغني وانما جاز هذا في الادميين دون سائر الحيوانات للضرورة الى حفظ الادمي والحاجة
الى ابقائه **قوله** استحسانا عند ابي حنيفة وبه قال مالك واحمد وعند مالك واحمد يجوز في رواية
في كل اجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط وقالا اي ابو يوسف ومحمد لا يجوز وبه
قال الشافعي لجهالة الاجرة اذ الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة وكذا الكسوة فصار كما لو استاجر
بطعامها وكسوتها للخبز والطبخ وهذا لا يلزم على مالك واحمد لما انه يجوز عندهما وله اي ولابي حنيفة
ان الجهالة انما تفسد العقود لما انها تفضي الى المنازعة لا لعينها وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان العادة
التوسعة على الاظآر والجري على موجب مرادهن لان منفعة ذلك ترجع الى الولد بخلاف الخبز والطبخ
والطحن وغير ذلك لان الجهالة ثمة تفضي الى المنازعة لجريان العادة بالمناقشة والاستقصاء **قوله**
ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الى آخره قيل هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من لفظ الجامع
ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة الطعام بان قال عشرة بمقابلة الطعام
وبعده اعطاها طعاما بازاء العشرة فانه ذكر في جامع فخر الاسلام واذا سمى الطعام دراهم فانما معناه
بان يجعل الدراهم بدلا فلا شك في جوازه ثم يستبدل به طعاما فيصح و **قوله** لما قلنا اشارة
الى قوله لا جهالة فيه **قوله** لان اوصافها اي اوصاف الطعام على تاويل الحنطة اثمان اي المكيل

والموزون اذا كان موصوفا غير مشار ثمن بدليل ثبوته في الذمة فلا يشترط بيان الاجل كما في سائر الاثمان
وهذا احتراز عن الطعام اذا كان مسلما فيه فان الطعام فيه مبيع مع كونه دينا فاشترط تاجيله ولكن
يشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة ان كان له حمل ومؤنة خلافا لهما وقد مر في البيوع **قوله**
وفي الكسوة يعني اذا استاجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الاجل وبيان القدر والجنس
لان وجوب الثياب دينا في الذمة عرف شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورده والشرع ورد بطريق
السلم فيشترط جميع شرائط السلم **قوله** ليس للمستاجر ان يمنع زوجها وبه قال الشافعي واحمد
وقال مالك ليس له وطؤها الا برضى المستاجر لانه ينقص اللبن وقد ينقطع بالحبل وقلنا الولي مستحق
له قبل العقد بعقد النكاح وعقد النكاح باق فيبقى ما كان حقا له ولا يسقط لامر مشكوك **قوله**
اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة وفي المبسوط اجرت نفسها للارضاع بغير اذن الزوج فللزوج ان يفسخ
الاجارة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند الشافعي في وجه لا يصح العقد بغير رضاه وبه قال احمد ولو
زوج بعد عقد الاجارة له الفسخ بالاجماع **وقيل** ان كان الزوج ممن يشينه ان يكون امراته ظئرا
فله الفسخ لدفع الضرر عن نفسه والا لا يكون له الفسخ والاصح ان له فسخ ذلك في الوجهين لانها ان
كانت مرضعة في بيت ابويه فللزوج منعها عن الخروج عن منزله ولانها في الارضاع والسهر بالليل تتعب
وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج وكان له ان يمنعها من الاضرار به ففي حقه اولى كما يمنعها من
التطوعات وهذا اذا كان زوجها معروفا فلو كان مجهولا لا يعرف انها امراته الا بقولها فليس له
الفسخ لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق المستاجر ولانه يمكن تهمة المواضعة مع هذا
الرجل وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق على نفسها لا تصدق في ابطال النكاح
قوله كان لهم اي لاولياء الصبي ان يفسخوا وكذا اذا مرضت ايضا لهم ان يفسخوا الاجارة فالحاصل
ان العقد لازم من الجانبين الا ان الاجارة تفسخ بالعذر عندنا ثم من العذر لهم ان لا ياخذ الصبي
من لبنها وكذا اذا كانت سارقة فيخافون على متاعهم وكذا اذا تقيأ الصبي لبنها وكذا اذا كانت فاجرة
بينا فجورها لانها تشتغل بالفجور وتنقص من ثيابها بمصالح الصبي وهذا بخلاف ما لو كانت كافرة
حيث لا يكون عذرا في الفسخ لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد ان يقال عيب الفجور
في هذا فوق عيب الكفر لما ان في بعض نساء الرسل كانت كافرة كامراة نوح وامراة لوط وما بغت
امراة نبي قط هكذا قاله النبي عليه الصلاة والسلام وكذا لو ارادوا السفر فابت الخروج معهم فهو عذر
واما عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع معه الارضاع وكذا ان لم تكن معروفة بالظؤورة فلها ان
تفسخ لانها ربما لا تعرف عند التدامها تبتلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت
وكذا اذا لم يكفوا عن ايذائها بالسنتهم كان لها الفسخ كذا في المبسوط ولو استاجر امراته لترضع ولده
منها لا يجب الاجر وبه قال الشافعي والقاضي الحنبلي وقال مالك واحمد يجوز لان كل عقد يصح ان
يعقد مع غيره يصح ان يعقده مع زوجه كالبيع ولان منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج
ولهذا لا يملك اجبارها على الارضاع والحضانة فيجوز اخذ العوض عنها منه كما يجوز من غيره وقلنا
ان ذلك مستحق عليها ديانة قال تعالى والوالدات يرضعن اولادهن وان كانت لا تجبر على ذلك فلا
تستوجب الاجر كما لو استاجرها لكنس البيت او الطبخ او الغسل وغير ذلك كذا في المبسوط وحكي عن
الشافعي انه قال استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز ان يلزمه عوض آخر كذلك ورد بان الاستمتاع
بها في غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاقها سواها بعوض آخر كما لو استاجرها اولا
ثم تزوجها وفي المبسوط ولو استاجرها لارضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح في رواية

ابن رستم عن محمد ويكون لها الاجر في مال الولد وبعض المشايخ اخذوا بهذه الرواية لان الارضاع
بمنزلة النفقة ونفقة الصغير تجب في ماله اذا كان له مال ولو استاجرها لارضاع ولد من غيرها
بغير خلاف وكان لها الاجر لان ذلك غير مستحق عليها ديانة ولو استاجر خادمها لترضع ولده منها
لا يجب الاجر ولو استاجر مكاتبتها جاز ولو ارضعت خادمة الظئر الصبي فلها الاجر لانه لم يشترط
الارضاع بثديها وهذا كمن استاجر قصارا او خياطا ولم يشترط العمل بنفسه فعمل بغيره يستحق
الاجر كذا هذا بخلاف ما لو شرط الارضاع بنفسها كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان وقال احمد
وابو ثور لا اجر لها لانها لم ترضعه فصار كما لو سقته لبن الغنم ويجوز استيجار امه واخته وابنته
لرضاع ولده وكذا سائر اقاربه بلا خلاف **قوله** يعتبر فيما لا نص فيه العرف يعني الاصل ان الاجارة
اذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الاجارة على الاجير فالمرجع فيه العرف
فكل عمل راجع الى منفعة الصبي على الظئر كالحضانة وغسل ثيابه وبه قال الائمة الثلاثة وعن
الشافعي في وجه لا يلزمها **قوله** ولو ارضعته بلبن الشاة لا اجر لها وبه قال الائمة الثلاثة **قوله**
لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه اللبن وهو العين بدليل ان
الصبي لو اوجر بلبن الظئر في المدة لا تستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل دون العين كذا
في الاوضح وهذا هو العذر الموعود قبله بقوله وسنبين عن الارضاع الى اخره قال شيخي صاحب
النهاية رحمه الله يجوز ان يكون هذا الحكم غير مسلم عند شمس الائمة **فان قيل** ذكر في المبسوط لو
ضاع الصبي في يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من متاعه وثيابه في يدها لم تضمن الظئر
لانها بمنزلة الاجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة بخلاف الاجير المشترك على قول من
يضمنه وذكر في الذخيرة لو آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك
اهلها الاولون حتى يفسخوها فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر
كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها الاجير المشترك والا لما وجب الاجر كملا ولو وجب الاجر
كملا ينبغي ان لا تاثم **قلنا** الوجه ان الاجير الواحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه
ايفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط ثم لو كانت اجير واحد حقيقة لم تستحق الاجر كملا فلشبهها بالاجير
المشترك تستحق الاجر كملا ولشبهها بالاجير الواحد تاثم كذا قرره شيخي صاحب النهاية **قوله** لانه
اختلف العمل بدل من قوله لهذا المعنى اي انما لم يجب الاجر لاختلاف المعنى الوجود الذي يجب في
وسط الغنم يعني اوجرته ووجرته ولو استاجر رجلا ليقتل قاتل وليه قصاصا لم يجز عندهما وعند
محمد يجوز وبه قال الشافعي ومالك واحمد وابو ثور لانه عمل معلوم فصار كذبح الشاة او كاستيفاء
القصاص في الطرف ولهما انه لا تعارف فيه وجواز الاجارة بالتعارف ذكره في الكافي وفي المغني
لابن قدامة ابو حنيفة لا يجوز الاجارة لاستيفاء القصاص في النفس لان عدد الضربات يختلف
وموضع غير متعين اذ يمكن ان يضرب مما يلي الراس لان عدد الضربات يختلف ومما يلي الكتف فكان
مجهولا وبحث عنه وسطل قوله خياطة الثوب فان عدد الغرزات مجهول وقوله ومحله غير متعين
انه متقارب فلا يمنع صحته كموضع الخياطة من الحاشية هكذا ذكره لكن هذا الذي قاله ما نقل عنه
بل المعمول ما قلنا **قوله** ومن دفع الى حائك الى قوله من دقيقه اي من دقيق
الحنطة على تاويل البر وفي بعض النسخ دقيقها وكذا لو استاجر رجلا ليحمل طعاما بقفيز منه اي من
الطعام المحمول فالاجارة فاسدة ذكره التمرتاشي ولا يعلم فيه خلاف وفي المبسوط حكى الحلواني عن
استاذه ابي علي النسفي انه كان يفتي بجواز دفع الثوب الى الحائك لينسجه بالنصف في ديارهم بنسف لان

فيه عرفا ظاهرا وكذا مشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة في الثياب للتعامل والقياس قد يترك
بالتعامل كما في الاستصناع قال رحمه الله والاصح عندي ان ما ذكره في الكتاب اصح لان هذا في معنى
قفيز الطحان من كل وجه فيكون الحكم فيه ثابتا بالنص لا بالقياس ومشايخ يقولون يجوز تخصيص النص بالتعامل
كما خصصنا الاستصناع عن النهي الذي ورد عن بيع ما ليس عند الانسان لا تركا للنص اصلا لانا
عملنا بالنص في غير موضع الاستصناع فكذلك خصصنا الثياب عن النهي عن قفيز الطحان حتى لو تعامل
اهل بلدة قفيز الطحان لا يجوز ولكن مشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل اهل بلدة واحدة
وتعامل اهل بلدة واحدة لا يخص الاثر لان تعامل اهل بلدة واحدة يجوزه وترك تعامل اهل بلدة
اخرى لا يجوز فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف الاستصناع فانه وجد التعامل فيه في كل البلاد كذا
في جامع شمس الائمة والذخيرة والحيلة في ذلك ان يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد
ولم يقل من هذه الحنطة لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها يجب في الذمة ثم اذا جاز
يعطيه دقيق هذه الحنطة ان شاء **قوله** والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر لان
المسمى غير مقدور التسليم عند العقد اذ هو بعض المنسوج او المحمول وليس له حكم الوجود لانه
غير واجب في الذمة فكان معدوما عاجزا عن تسليمه وانما يصير مقدور التسليم بعمل الغير فلا
يعد قادرا قبل حصوله وفي مبسوط صدر الاسلام وجامعه ومعنى النهي في قفيز الطحان ونظائره
انه جعل شرط صحة العقد بناء على حكم العقد لانه لا يمكنه تسليمه الا بعد العمل وشرط العقد لا
يجوز ان يكون حكم العقد لانه خلاف وضع الشرع اذ الشرط يسبقه والحكم يعقبه وفي الذخيرة
والمبسوط ان الدقيق معدوم في الحال وليس له حكم الوجود لانه غير واجب في الذمة لانه
انما يجب في الذمة ما له وجود في العالم والبدل في المعاملات يجب ان يكون موجودا حقيقة
كالعين او حكما كالثمن ويجب اجر المثل اذا سلم المعقود عليه لان العامل لم يصر شريكا في العين
لانه انما شرط له قفيز مجهول وليس بمجهول في ابتداء التسليم بخلاف ما لو استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الاخر الى اخر ما ذكر في الكتاب وههنا مسئلتان احدهما ما اذا استاجر رجلا ليحمل له كر
حنطة الى بغداد مثلا بقفيزه كانت الاجارة فاسدة وله اجر مثله ان بلغ بغداد لا يجاوز قيمة نصف
الكر عند نا والثانية ان يستاجره ليحمل الى المكان المعين نصفه ودفع اليه كله ولا اجر له ههنا وهي
مسئلة الكتاب وهي من مسائل اجارات جامع الكبير وذلك لانه اذا دفع اليه كله ملكه نصفه بالتعجيل
فصار طعاما مشتركا ولو عقد العقد على حمل طعام مشترك بينهما كان باطلا فكذا ههنا واذ بطلت
الاجارة لم يجب الاجر بخلاف المسئلة الاولى لان الحنطة صارت محمولة بعمل الاجير كالدقيق يوجد
بعمل الاجير وكان في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا فيجب اجر المثل كذا في الجامع الكبير للسرخسي
وصدر الدين الحميدي وفي الفوائد والحاصل ان العقد ان صادفت محلا غير مشترك ابتداء
وانتهاء ينعقد جائزا وان صادفت محلا مشتركا ابتداء وانتهاء لا ينعقد اصلا وان صادفت محلا
غير مشترك ابتداء ومشترك انتهاء ينعقد فاسدا وفي الفاسد يجب اجر المثل ففي المسئلة الاولى
ينعقد فاسدا لان المحل غير مشترك ابتداء وفي الثانية لا ينعقد اصلا لانه مشترك ابتداء وانتهاء
وفي الفوائد الظهيرية والحاصل انه متى قال استاجرتك لتحمل هذا الكر بنصفه لا يصير شريكا
ومتى قال لتحمل نصف هذا الكر بنصفه الباقي يكون شريكا ولا يجاوز بالاجر اي اجر المثل قفيزا
عندنا خلافا لزفر والائمة الثلاثة كما في سائر الاجارات الفاسدة وقد بيناه **قوله** و
قفيزا بالنصب بنصبه على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول
قوله

بدون الجار وهو ضعيف لانه اي العامل رضي بحط الزيادة اي الزيادة على احدهما من المسمى
ومن اجر المثل اما رضاه بالمسمى فلعقده عليه واما رضاه باجر المثل فلاقدامه على الاجارة الفاسدة
قوله فيجب الاجر بالغا ما بلغ هذا اذا احتطت احدهما وجمع الاخر فيجب اجر المثل المرجح
بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى غير معلوم فلا يصح الحط وعند ابي يوسف لا يجاوز باجره نصف
من ذلك لانه قد رضي بنصف المسمى حيث اشتركا كما لو استاجر لحمل الحنطة بقفيز منها وتقدمت
المسئلة في الشركة قوله عشرة مخاتيم هو جمع مختوم وهو الصاع ويشهد عليه حديث
الخدري الوسق ستون مختوما وسمي به لانه يجعل على اعلاه خاتم مطبوع كيلا يزاد ولا ينقص كذا
في المغرب وفي المبسوط المختوم والقفيز واحد ونصب العشرة على انها صفة هذه المعمول بها
وجر المخاتيم على مذهب اهل الكوفة في قولهم الثلاثة الاثواب ونصب اليوم على الظرفية قوله
وهذا اي الفساد عند ابي حنيفة وبه قال مالك والشافعي واحمد وعن احمد مثل قولهما قوله
في الاجارات هو جائز وانما قيد قولهما في الاجارات اي اجارات المبسوط لانه لم يذكر قولهما في
الجامع الصغير وفي المبسوط قولهما استحسان ويكون العقد على العمل لانه المقصود في الاجارات
وذكر الوقت محمول على التعجيل لا للتعليق الخ به حتى لو فرغ منه في نصف النهار كان له الاجر كاملا
ولو لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لانه صار اجيرا مشتركا قوله ولا ترجيح اي ليس
احدهما باولى من الاخر في الاعتبار لان كل واحد منهما يصلح معقودا عليه في باب الاجارة الا ترى
انه لو استاجره ليخبز له اليوم وان لم يبين العمل يجوز وكذا لو استاجره ليخبز له عشرة مخاتيم
بلا ذكر الوقت يجوز وحيث ان كل واحد يصلح معقودا عليه صار المعقود عليه مجهولا وجهالته
تفسد العقد لانها تفضي الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر ان يقول
منافعك في بقية اليوم حق لي باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى اخر
اليوم فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود
المستاجر فالمدة مقصود للاجير ولا ترجيح **فان قيل** يشكل عليه مسئلة الخياطة بطريق التردد
بان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان العقد في اليوم جائز
عند ابي حنيفة على ما يجيء فجعل ذكر اليوم هناك للتعجيل **قلنا** نقصان الاجر للتاخير دليل ان
مراده من ذكره مجازه وهو التعجيل لا حقيقته وهو التاقيت وفي مسئلتنا لم يقم دليل على التعجيل
فيحمل على حقيقته وهو التاقيت فيصير المعقود عليه مجهولا وهذا كما لو استاجره ليخبز له هذه
العشرة المخاتيم على ان يفرغ منه اليوم يجوز هذه الاجارة بالاجماع لما ان اليوم في مسئلة الفراغ
ما ذكر مقصودا وانما ذكره لاثبات صفة في العمل وهو التعجيل والصفة تابعة للموصوف
غير مقصود بالعقد الا ترى لو اشترى عبدا على انه خباز ولم يكن لم يكن الخبز معقودا عليه حتى
لا يقابله شيء من الثمن لانه صفة كذا هذا وفي مسئلتنا اليوم ذكر قصدا واما قولهما ان ذكر اليوم
للتعجيل ففيه نظر لان اغراض الناس ورغباتهم مختلفة قد يكون غرضهم التعجيل وقد يكون العقد
على المنفعة وهو حقيقته والاجر مجاز فلا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وقيل الضابط
للفرق بين ذكر الوقت للاستعجال وبين ذكره لبيان الوقت ان الجمع المفسد بين الوقت والعمل
اذا ذكرهما قبل ذكر الاجر اما اذا ذكر احدهما وذكر الاجر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي لا
لا يفسد العقد لان العقد لما تم بذكر الاجر كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل او للتعجيل فلم
يفسد العقد اما لو جمع بينهما قبل تمام العقد بذكر الاجر صلح كل واحد منهما معقودا فيفسد بالجهالة

المعقود عليه كذا في المبسوط والذخيرة وشروح الجامع الصغير قوله لانه للظرف اي
لان اليوم للظرف لا للمدة فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم لانه للمدة لانه بدون في
يستغرق جميع وكانت المنفعة مستغرقة جميع الوقت فيكون اجيرا واحدا واما في للظرف والعمل
لا يستغرق جميع الظرف فيكون المعقود عليه نفس العمل فيكون اجيرا مشتركا وتقدم مثله في
الطلاق اي في مسئلة انت طالق غدا وفي غد قوله وشرط ان يكربها الى اخره يقال كرب
الارض كرابا قلبها للحرث من باب طلب وقيد بالكراب مرة والمدة سنة لانه اذا شرط الكراب
مرتين لا يكون هذا الشرط مفسدا لكونه من مقتضيات العقد وكذا لو كان يخرج بالكراب مرة
الا ان مدة الاجارة كانت سنتين لا تفسد العقد لان منفعته تبقى سنة دون سنتين فلا يكون
هو شرطا فيه نفع لصاحب الارض فيجوز وذكر ابو الليث عن مشايخنا انهم قالوا هذا الجواب في
بلادهم اما في بلاد الحضرة يجوز المزارعة بهذا الشرط لان منفعة الثنية في بلاد الحضرة لا تبقى
بعد انقضاء المدة فان الارض وان كرب مرارا قلما تبقى منفعتها الى العام الثاني قوله هو
الصحيح احتراز عن قول من قال المراد بالانهار الجداول وقلنا والصحيح ان المراد الانهار العظام
لانه تبقى منفعته الى العام القابل وذلك لان اسم الانهار مطلقا يتناول الجداول ومنفعة كري
الجداول لا تبقى الى العام القابل كذا ذكره المحبوبي وكان المستاجر هو المنتفع بالجداول خاصة وهو
واجب على المستاجر دون الشرط فكان شرطا يقتضيه العقد فلا يفسد به قوله لا خير
فيه اي لا يجوز اصلا قوله وقال الشافعي هو جائز اختلف جنس المنفعة او اتفق وبه قال
مالك واحمد لان المنافع كالاعيان عنده ومبادلة العين بالعين بجنسه او بخلاف جنسه صحيحة
عند المساواة ولهذا اصح الاجارة ببدل دين ولو لم يكن في حكم العين لكان بيع الدين بالدين وكذا
السكنى بالخدمة يجوز ولم يجعل دينا بدين فكذا اذا قوبل بجنسه ولنا ان مبادلة الشيء بجنسه لا
يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء وفي المبسوط لنا في المسئلة طريقان احدهما هو المنقول
عن محمد ان مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والثاني ان جواز عقد الاجارة للحاجة
ولا حاجة في مبادلة المنفعة بجنسها لانه كان متمكنا من السكنى قبل ذلك العقد فلا يحصل بالعقد
الا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه والكلام من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول
فاما في اختلاف الجنس فالحاجة متحققة فيجوز قوله والى هذا اشار محمد وهو ما حكي ان
ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك
اطلت الفكرة وجالست الحنائي وكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع
قوهي بقوهي نساء والحنائي يحدث بكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها
كذا في جامع فخر الاسلام والقوهي ثوب منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس والكورة المدينة
فان قيل النساء ما يكون مشروطا في العقد والاجل ههنا غير مشروط فكيف جعل المنافع في حكم الاعيان
دون الديون والاجر في مختلفي الجنس لان الدين بالدين حرام وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام
عن بيع الكالي بالكالي ولان النساء انما حرم في الجنس لان النقد خير من النسيئة وههنا لا فضل
اذ العدم في البدلين على نمط واحد **قلنا** لما كان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة في المدة ولا
يتصور حدوثه جملة لكن يكون ذلك شيئا فشيئا كان هذا بمنزلة اشتراط الاجل وابلغ منه فان
المطالبة بالتسليم تتاخر بالاجل فكذا المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه تتاخر الى حدوث المنفعة
وهذا ابلغ من ذلك لان بالاجل تتاخر انعقاد العقد وههنا تتاخر الانعقاد في حق المعقود عليه

وهذا ليس بدين حقيقة لان الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت دينا في الذمة والمحرم
الدين بالدين ولهذا اقمنا المنفعة التي يصحبها النسا حالة العقد مقام المعقود عليه اذ لا
بد لعقد المعاوضة من المعقود عليه فاقمنا العين مقام المنفعة فيما لم يصحبها النسا حتى يرد ه
صحة العقد وكان بمنزلة بيع العين نسا بخلاف جنسه ونحن نسلم ان العدم في البدلين على نمط
واحد الا ان في المنصوص يتعلق الحكم بعينه لا بعلته فانه عليه الصلاة والسلام قال اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شيتم بعد ان يكون يدا بيد فيكون الحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد بالنص لا
بالقياس فلا يعتبر للحرمة قيام الفضل لان النص لم يشر الى الفضل كذا في الاسرار والمبسوط
والفوايد الظهيرية ثم لو استوفى المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية
لانه استوفى المنفعة بالاجارة الفاسدة وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شي عليه لان تقوم
المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المنفعة ليس بمال متقوم في نفسها لانها منفعة وقلنا الفا
تعتبر بالجايز والمنفعة تتقوم بالعقد الجايز فكذا بالفاسد كذا في المبسوط وجامع المحبوبي **قوله**
فلا اجر له اي لا المسمى ولا اجر المثل وعلى قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يجب اجر المثل لما ان
اجارة المشاع فاسدة ايضا عنده واذا استوفى المعقود عليه يجب اجر المثل الا انه يتعذر
استيفا المعقود عليه ههنا لان المحل مشترك ففي كل جزء عامل لنفسه وهو العمل الواحد لا
يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفا لا يجب اجر المثل في الفاسد عندنا
واحمد في رواية خلافا للشافعي ومالك وقد مر **قوله** وقال الشافعي له المسمى اي يجوز
العقد وله المسمى لان الاجارة بيع المنفعة فيصح في الشايع كبيع العين وبه قال احمد **قوله**
لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع اي المعقود عليه نصفا شايعا وحمل نصف الشايع غير
متصور فيبطل العقد لوروده على ما لا يحتمل الوجود وصار كاجارة ما لا منفعة له ولهذا ضرب
نصف الشايع غير متصور وكذا وطي الجارية المشتركة في النصف الشايع لعدم تصور فعل الحسي
في الشايع **قوله** فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه
يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكنه جعله
عاملا لنفسه اولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تملك المنافع المعدومة
ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا لغيره يجب فلا يجب بالشك ولا يقال الحمول
لما كان مالا مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا
يتجزى بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه ثم المنافع والبدل بمقابلتها ولا شركة في ذلك
ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام حتى لو سلم الدار في المدة يستوجب الاجر وان لم يضع فيها طعاما
فكان العقد واردا على المنفعة الحكمية لا على الفعل الحسي وكان نظير البيع في حق قبول التصرف
الحكمي فيصح استيجاره للتصرف الحكمي كما في البيع **قوله** انما هو ملك نصيب صاحبه اي
منفعة ملك نصيب صاحبه وانه اي ملك نصيب صاحبه امر حكمي والشايع يقبل الصفات
الحكمية **قوله** او اي شي يزرعها اي استاجرها للزراعة ولكن لم يذكر اي شي يزرعها
فالاجارة فاسدة في الصورتين وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يصح في الصورتين وكان
له ان يفعل في الاول ما نسبه من البنا والغرس والزرع فان اشبه الجميع وكان بعضه اضر بالارض
من بعض لم يصح العقد وفي الثاني وهو ان يذكر الزرع صح العقد ولا يزرع الا ما اشبه ذكره في الجواهر
اما لو استاجرها للزرع فيها ما شا او يغرس ما شا يجوز بالاجماع ولو قال لتزرعها ما شيت وتغرسها

ما شيت وتغرسها ما شيت صح ايضا وهو المنصوص من الشافعي وخالفه اكثر اصحابه وقالوا لو لا يجوز لا
لانه لا يدري كم يزرع وكم يغرس وقال بعضهم يصح ويغرس نصفها ويزرع نصفها **قوله** فيه اي مما يزرع يضر
بالارض فان ضرر زراعة القطن والكتان والجاورس اكثر من ضرر الحنطة والشعير كذا ذكره المحبوبي فان
زرعها اي نوعا من الانواع الزراعات في القياس لا يجوز العقد اي لا ينقلب جايزا فيجب اجر المثل لا المسمى
وهو قول الشافعي واحمد وزفر لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وما وقع فاسدا لا ينقلب
جايزا **فان قيل** ينقلب جايزا بتمام العقد ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد **قوله** اذا ارتفعت الجهالة
بالزراعة ولكن لم يرتفع ما هو الموجب لفساد العقد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لجواز
ان يكون ما زرعها مضرا بالارض فيقع منهما المنازعة بسبب ذلك والموجب في الابتدا كان احتمال
ذلك ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا
يتفرد احدهما بالتعيين لما ان العقد قام بهما ثم الاستعمال تعين من احدهما فلا يصح ذلك قال
صاحب الفوايد ولي فيه اشكال هايل ثم قال **قلنا** الاصل اجازة العقد عند انتفا المانع لان
عقود الانسان يصحح بقدر الامكان والمانع الذي يفسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في
تعيين المعقود عليه وعند استيفا احد النوعين من المنافع نزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد
قوله كما اذا اسقط الاجل المجهول اي في البيع بان باع الى الحصاد او الدياس فاسقط الاجل
قبل اوان الحصاد او الدياس والخيار الزايد في المدة بان شرط الخيار اربعة ايام مثلا ثم اسقط
اليوم الرابع قيل هذا رد المختلف على المختلف فكان عند زفر لا ينقلب جايزا في هاتين المسئلتين
فالاولى ان يجعل هاتين المسئلتين من المسايل المسلمة لاقامة الدليل على الانقلاب الى الجواز فيجعلهما
بمنزلة المجمع عليه **قوله** وان كانت الاجارة فاسدة لان حكم الفاسد يوخذ من الصحيح ولا نعلم
فيه خلافا ان هذه الاجارة فاسدة والفاسد في حكم الصحيح في ان العين المستاجرة امانة فلا
يضمن بلا تعد ولو تعدى المستاجر وضمن لا يجب الاجر لانه صار غاصبا للعين فكان هذا اتلافا للمنافع
بطريق الغصب لا استيفا المنافع المملوكة بالعقد فلم يجب عليه بدلها وعند الشافعي يضمن لانها ملحقة
بالعين وثمن المبيع لا يسقط بجناية المشتري على مال آخر للبايع وبه قال احمد ومالك ولو جحد الاجارة
في بعض الطريق وجب اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود
صار غاصبا لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وعند محمد يجب الاجر كله لانه لما سلم من الاستعمال سقط
الضمان وبه قالت الايمة الثلاثة **قوله** فله الاجر المسمى استحسانا وفي القياس يجب اجر المثل
وهو قول زفر لما مر وجه الاستحسان ارتفعت الجهالة قبل تمام العقد فانه لما حمل ما يحمله الناس
فقد تعين المحمل وارتفع الجهالة المودية الى المنازعة فانقلب الى الجواز فوجب المسمى

باب ضمان الاجير

لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة
والفاسدة شرع في بيان ضمان الاجير والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه
موجر لا مواجر وقد مر في اول كتاب الاجارات **قوله** فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل
قيل هذا تعريف دوري لانه لو سيل من لا يستحق الاجر حتى يعمل من هو فلا بد من ان يقول هو الاجير
المشترك اجيب ان هذا تعريف بالاجلى والاشهر او تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره قبل فانه
ذكر في باب الاجر متى يستحق بقوله او باستيفا المعقود عليه وقيل في تعريفه من يعمل لغير واحد
كالصباغ والقصار من يعمل لواحد **قوله** اذ هلك لم يضمن شيا عند ابي حنيفة وهو قول زفر

والحسن بن زياد وهو القياس سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز
التحرز عنه واحمد واسحق والمزني والشافعي في قول وروي عن علي وهو مذهب ابرهيم ويضمنه عندهما
اي عند ابي يوسف ومحمد وبه قال الشافعي في قول ومالك وابن ابي ليلى وهو مروي عن عمر وعلي وابن
مسعود وقيل روي عن ابي بكر ايضا وهو مذهب عطاء وطاوس ومجاهد والمسئلة مختلفة بين الصحابة
فلهذا اختار المتاخرون الفتوى بالصلح على النصف لان فيه عملا باقوال الصحابة بقدر الامكان فان في القول
بالصلح على النصف قول خارج عن اقوال الصحابة وترك للعمل باقوالهم اذ الصحابة اختلفوا على القولين
لا غير اما بالضمان او عدم الضمان فكان القول بنصف الضمان خارجا عن اقوالهم فكان باطلا وقيل فيه
عمل باقوالهم لانا لما قلنا بالصلح على النصف كان ذلك حطا للنصف بعد وجوب الكل واتقا لوجوب
النصف كما كان فكان عملا بقول من يقول بالضمان ثم لما قلنا بعدم وجوب النصف كان عملا في النصف بقول
من قال بعدم الضمان واما ايجاب النصف فكان منه ابتداء باعتبار ان المصاب يعان واقرب
الناس منه اعانة من هلك ماله في يده فعلم ان فيه عملا باقوالهم بقدر الامكان وفيه نوع تامل
وفي الخلاصة بعض العلماء افتوا بقولهما احتشاما لقول عمر وعلي وعطاء وطاوس ومجاهد وهم
من كبار التابعين وايمة سمرقند افتوا بالصلح هل يجبر واعلى النصف وكان الامام المرغيناني يفتي
بقول ابي حنيفة فقيل له من قال بالصلح هل يجبر لو امتنع قال لا وقال كنت افتي زمانا بالصلح ورجعت
لهذا والقاضي الامام قاضي خان يفتي بقول ابي حنيفة ونحن نفتي به ثم عندهما ان شاء المالك ضمنه
مقصورا واعطى الاجرة وان شاء غير مقصور ولا اجر له وكذا لو هلك بفعله فالمالك بالخيار بالاتفاق
قوله كانا اي عمر وعلي يضمنان الاجير المشترك استحسانا حفظا لاموال الناس ولان الحفظ مستحق
عليه اي واجب فكان عليه العمل السليم اذ لا يمكن التوصل الى المعقود عليه الا بالعمل السليم فلو هلك
بجهة يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير تاركا ذلك الحفظ المستحق فيضمن كما لو دفع اذا
كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاذا انخرق كان ضامنا الا ان لا يمكن
التحرز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيرهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية
والتقصير منه ولابي حنيفة ان العين امانة عنده لانه قبضها باذن المالك لاقامة العمل فيه فلا يكون مضمونا
عليه كالمودع واجير الوحد وهذا لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما
التعدي فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا
الى اخر ما ذكر في الكتاب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا اي غير معقود عليه لكنه وسيلة اليه
وجعل العين تابعا في الحقيقة فلا يصار اليه الا عن ضرورة كما في الحبس اذ لا يقدر على حبس الشيء
فعله الا بحبس العين والمسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض وما قالا لا من النظر في حق صاحب
المال فهو ضرر في حق الاجير وهو ان يلزمه ما لم يلتزم ونظر الشرع للكل فمن النظر ان لا يكون
مضمونا عليه ولما يساوي الجانبان لم يجب الضمان بالشك اليه اشار في الاسرار والمبسوط **قوله**
وما تلف بعمله اي بعمل الاجير الى قوله مضمونا عليه وكذا ما تلف بسوق المكاري وقوده مضمون عليه وبه
قال مالك واحمد والشافعي في قول وروي ذلك عن عمر وعلي وعبيد الله بن عتبة وشريح والحسن
والحكم وقال زفر والشافعي في قول لم يضمن وقال الربيع هذا مذهب الشافعي وروي ذلك عن عطاء
وطاوس لانه ماذون فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق والاجير الوحد وهذا لانه امره بالفعل
مطلقا الى الاخر ولا يقيده بالدق المصلح لانه ليس في وسعه وليس كان في وسعه فلا يمكن التحرز عنه الا
بحرج عظيم وما فيه حرج ملحق بما ليس في الوسع وهو كالفصاد والبزاغ والحجام والختان فانه يجب

الضمان عليهم اذا سرى الى النفس لهذا المعنى **قوله** وهو العمل الصالح لان الاذن انما ثبت
ضمنا للعقد والعقد انعقد على السليم لان مطلق المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب
كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا
فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع اخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بوصف
السلامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لان العقد لم يتناول العمل الصالح لان يفرد ذلك العمل
افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل ان لا يجاوز القدر المقدور ومتى جاوز ضمن وهنا الملتزم
بالعقد الدق المزين المحسن ولانه لا يمكنه الاحتراز عن العمل الساري لان السراية والاقتصار يتبعا
قوة المحل على احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج من
الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال فاما التحرز عن التخرق ففي وسع القصار الا انه ربما يلحقه الحرج
فيه وهو ساقط العبرة فلا يلزم العبد بالتزامه وعقده وانما يعتبر في خطابات الشرع رحمة ونظرا
ولا يقال القصار اي بالدق المزين المحسن انما التخرق حصل بوهن في الثوب فهو نظير البزاغ والفصاد
لانا نقول المعقود عليه العمل الصالح فاذا حصل التخرق علم انه غير معقود عليه ولما قلنا ان في البزاغ
لم يتناول الصالح لان يعتري ذلك العمل افساد الى اخر ما ذكرنا يويد قولنا ما روى جعفر بن محمد عن ابيه
عن علي انه كان يضمن الصباغ وروى الشافعي في مسنده باسناده عن علي انه كان يضمن الاجراء ويقول
لا يصلح للناس الا هذا ثم صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مقصورا واعطاه الاجر وان شاء ضمنه
قيمته غير مقصور ولا اجر له قال بشر هذا الجواب صحيح على قولهما لان عندهما قبضه قبض ضمان فله ان
ان يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور اما عند ابي حنيفة وهو خطا لان عنده قبض العين قبض امانة
وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له ان يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك والاصح ما قلنا لانا
لا نضمنه قيمته بالقبض بل نضمنه بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه
باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز ان يكون معقودا عليه عند الرضا به كالردي في باب السلم يكون
معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغيير في العمل كان له الخيار كذا في المبسوط والاسرار **قوله**
الا انه لا يضمن به ادمي ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة قيل هذا اذا كان ممن يستمسك على
الدابة ويركب وحده والا هو كالمتاع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف في الكرخي
كذا ذكره التمرتاشي **قوله** دنا من الفرات قال العتابي انما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت
تباع هنالك وقيد في بعض الطريق لانه لو انكسر بعد ما انتهى الى المكان المشروط من جنايته فلا ضمان
عليه وله الاجر كذا نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية و**قوله**
فان انكسر ليس بقيد فانه لو كسره عمدا فالحكم كذلك عندنا وعند زفر والشافعي ان انكسر لا ضمان عليه لما
قلنا وان كسره يضمن قيمته في المكان الذي كسره لانه اتلفه في هذا المكان ويعطيه اجر ما حمل لانه اوفاه
المنافع الى ههنا ولا خيار للمستاجر عندهما اما الضمان عندنا في مسئلة الانكسار فلان الحمال اجير
مشترك فيضمن ما تلف بجنايته لان السقوط بالعثار وبانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه
واما الخيار فلان الحمل موافق من وجه فانه امره بالحمل وقد حمل ومخالف من وجه لانه امره بالحمل على
وجه يصير محمولا الى مكان معين ولم يات بذلك الحمل فان مال الى جهة الخلاف ضمنه في المكان
الذي حمل ولا اجر له لانه لم يسلم العمل وان مال الى الوفاق ضمنه في المكان الذي انكسر واعطاه من
الاجر بحسابه ولان المعقود عليه فات بعضه فصار كالمبيع العين اذا فات بعضه ثم تخير المشتري
فكذا ههنا **فان قيل** كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم **قلنا** لانه

لما انكسر في الطريق والحمل شي واحد حكما اذ الحمل المستحق بالعقد ما سعى به وهو ان يجعله محمولا
الى موضع عينه ظهر انه وقع تعديا ابتدا و في الحقيقه ابتداوه سليم وانما صار تعديا عند الكسر
فان مال الى الوجه الحكمي فلا اجر له لانه ما استوفى من عمله اصلا وان مال الى الوجه الحقيقي فله
الاجر بقدر ما استوفى والاجر والضمان انما لا يجتمعان عندنا في حاله واحده وقد اختلفت الحاله
ههنا وهذا لانه اذا ضمنه قيمته في مكان انكسر فقد جعل المتاع امانه عنده من حيث حمل الى موضع
انكسر والاجر يجب في حاله الامانه وانما صار مضمونا في حاله الكسر وهي حاله اخرى وان تلف في
يده بغير فعله بان زحمه الناس لا يضمن عند ابي حنيفه على هذا الوجه لان عنده المال امانه في يده خلافا
لهما وهي مسله اجير المشترك **فان قيل** ينبغي ان لا يجبر عند ابي حنيفه على هذا الوجه لان
عنده المال امانه عند الاجير وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان امانه عنده القبض عنده
وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمل منه **قلنا** ان القبض يقع على وصف التوقف عنده
ان هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وزلقه فعله وصنعه فظهر انه كان مضمونا عليه
فله الخيار ولان الكسر حاصل بصنعه فالفساد الحاصل به يستند الى حاله العقد لان الفساد بعمله
انما اوجب الضمان باعتبار العقد لانه لولا عقد الاجاره يكون الاجير معينا في الحمل ولا ضمان على
المعين فيما اعان كذا في المبسوط **قوله** فصد الفصاد من حد ضرب وهو في الادمي وبزغ
من حد فتح وهو في الحيوان يقال بزغ البيطار الدابه اذا شقها بالمبزغ وهو مثل شرط الحجام كذا
في المغرب فلا ضمان عليه ولا نعلم فيه خلاف **قوله** وفي كل واحد من العبارتين اي عبارة
القدوري والجامع نوع بيان لانه ذكر في القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى اذا تجاوز
يجب الضمان وفي الجامع ذكر الاجره وحجامه العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان
فيحمل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى لما قدمنا اشاره الى قوله لان الاحتراز عن التجرنو بالدق
ممكن فيمكن التقييد بالمصلح اما السرايه والانه مال يتعلق باحوال باطن الحيوان من ضعف المزاج
وقوته فضعف المزاج لا ينده ملسر بعا قد يسري الى النفس وقوي المزاج يندمل في تلك الساعه
ولا اطلاع للفصاد ونحوه على قوه طبعه وضعفه فلا يفيد بالمصلح من العمل وكيف يقيد به والمطلوب
هو الجرح وهو افساد وتخريب البنيه كما ترى والسلامه صده وفي المبسوط توضيح الفرق ان السرايه
بعد تسليم العمل وخروجه عن ضمان العامل اذ السرايه تكون بعد الجرح بزمان لضعف الطبيعه عن
دفع اثر الجرح وتوالي الالام فاما الخرق مقترن بالعمل قبل خروجه عن ضمان العامل فكان ضامنا
لما يتلفه بعمله لان عمله مضمون بما يقابله من البدل ثم اذا تجاوز المعتاد يضمن ولم يبين قدر ذلك
الضمان على تقدير الحيوه او الموت كم هو قيل كان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان لو
حتن فقطع الحشفه ينظر ان برا فعليه كمال الديه النفس وان مات فعليه نصف الديه وهذا من
العجب اذ هو مخالف لجميع مسايل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه وينبغي ان
يزداد ضمانه كما في قطع اليد وقتله خطا وقد ذكر الامام المحقق شمس الايمه السرخسي في مبسوطه
نقلا لمحمد في النوادر انه لما برا كان عليه ضمان الحشفه وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيقدر
بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان فلو مات حصل تلف النفس بفعلين احدهما مادون فيه وهو
قطع الجلد والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفه فعليه نصف بدل النصف كذلك **قوله**
والاجير الخاص الى اخره وقوله وان لم يعمل وانما يستحق الاجره بتسليم نفسه بدون العمل اذا تمكن
من العمل حتى لو استاجره لاتخاذ الطين او غيره في الصحرا فمطر ذلك بعد ما خرج الاجير الى الصحرا

لا اجر له لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتي المرغيناني **قوله**
وان نقص على بنا المفعول بخلاف الاجير المشترك فقد روى عن محمد لو فتق الخياط او غيره يجبر على الاعاده
لانه نقص عمله فصار كان لم يكن ولو فتقه غير الخياط لا يجبر الخياط على الاعاده لان حكم العقد قد انتهى ولا
يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا وكذا الاسكاف على هذا ولم يذكر الجبر على الاعاده كما في مسله السفينه
فان الملاح اذا رد السفينه بنفسه يجبر على الاعاده كذا في الذخيره **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص
الى اخره وبه قال مالك واحمد والشافعي في ظاهر مذهبه وقال بعض اصحابه فيه قولان في قول يضمن
كالاجير المشترك وهو المنصوص عليه ذكره في الحليه ومنهم من قال لا يضمن قولا واحدا وجه الضمان ما
روي الشافعي في مسنده عن علي انه كان يضمن الاجرا ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولنا ان العين امانه
في يده فاذا تلف بدون تعديه لا يضمن وكذا ما تلف من عمله لان تعلمه منقولا اليه كانه فعله بنفسه
والصحيح في الروايه من علي انه كان يضمن الصباغ والصواغ وان روي مطلقا يحمل عليه فان
المطلق يحمل على المقيد عندك مع انك لا ترى العمل واحيا بقول الصحابي **قوله** اما الاول وهو
ما اذا تلف في يده **قوله** لصيانه اموال الناس فان الاجير المشترك يقبل اعمالا كثيره رغبه في
كثره الاجر وقد يعجز عن قضا حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه
اما الاجير الخاص يعمل له في مده ولا يقبل الاعمال من غيره فاخذنا فيه بالقياس وهو ان العين امانه
في يده اولان البدل ليس بمقابله العمل فلا يشترط السلامه عن العيب **قوله** واما الثاني وهو
ما اذا تلف من عمله فلان المنافع صارت مملوكه للمستاجر بتسليم نفسه ولهذا استحق الاجر بتسليم نفسه
بدون العمل الى اخر ما ذكره في الكتاب وهذا اذا لم يتعمد الفساد اما لو تعمد الفساد يضمن
بالتعدي كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجير القصار وساير الصناع لان التلميذ اجير خاص كذا
فلا يضمن ويضمن الاستاد ولا يرجع الاستاد بما ضمن على التلميذ لانه اجير خاص كذا في الايضاح
ولا خلاف فيه

باب الاجارة على احد الشرطين

لما ذكر الاجاره على شرط واحد حتى افسدها اذا كان الشرط على خلاف مقتضى العقد ذكر هذا
الباب اذ الاثنين بعد الواحد **قوله** واي العملين من هذين عمل استحق الاجر المسمى وبه
قال احمد في روايه وقال الشافعي ومالك والثوري وابو اسحق وزفر وابو حنيفه وابو يوسف
اولا واحمد في روايه وهو القياس لا يصح العقد وله اجر المثل اذا عمل لانه عقد معاوضه ولم
يعين فيه العوض والمعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم وهذا بدرهمين وقلنا استحسانا
الاجر يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم فلا يبقى الجهاله لا في المعقود عليه ولا في
بدله بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد يفسد العقد **قوله**
وان خيره بين اربعه لم يجز وكذا في الخياطه والصبغ اذا ذكر ثلاثه انواع جاز وان زاد عليها
لم يجز **قوله** لا بد من اشتراط الخيار في مذهبه البيع يعني لو باع احد العبدين لم يصح الا
بشرط الخيار وفي الاجاره لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل الى اخره وهذا هو الفرق
بين الاجاره والبيع **قوله** وقال زفر الشرطان فاسدان وبه قال الشافعي ومالك واحمد
في ظاهر مذهبه والثوري وابو ثور واسحق وهو القياس كما لو قال في البيع ان اعطيت الثمن الى
شهر فبعشره وان اعطيته الى شهرين فبخمسه عشر درهما وهذا فاسد فكذا هذا للتردد بين
التسميتين **قوله** وذكر اليوم للترفيه لا للاضافه والتعليق ولهذا لو افرد العقد في
الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق

نصف درهم فاجتمع في اليوم تسميتان فيفسد للجهالة البدل وكذا في الغد اجتمع تسميتان لان العقد المنعقد في اليوم باق الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فصح انه اجتمع في اليوم والغد تسميتان والخياطة واحدة فيجب احد التسميتين وهي مجهولة وهذا حجة لهما في المنازعة ولهما اي لابي يوسف ومحمد ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة حقيقته والتعجيل والترفيه مجاز والكلام يحمل على حقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه كيف وقد قام الدليل على ان المجاز غير مراد لان العقد يفسد على تقديري التعجيل والترفيه لاجتماع العقدين حينئذ وعلى وعلى تقدير التاقيت والاضافة لا بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على التوقيت يفسد العقد ومتى حمل على التعجيل او الترفيه لا فصرنا الى المجاز بدلالة حالهما وكذا ذكر الغد للاضافة واذا كان كذلك لا اجتمع في كل يوم تسميتان لان التوقيت يقتضي حصر العقد على اليوم ولا يبقى الى الغد والعقد المضاف الى الغد لا يكون ثابتا في الحال فلا اجتمع التسميتان في عقد واحد **قوله** وذكر الغد للتعليق المراد الاضافة اي للاضافة ولهذا ذكر في بعض النسخ وذكر الغد للاضافة لما ان الاجارة تصح اضافتها لا تعليقها ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق اي للاضافة حقيقة وذكر اليوم للتاقيت حقيقة كما ذكرا الا ان الدليل قام على المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لانه ازداد له في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى اخر الى الغد والنقصان بتقدير التاخير والزيادة بتقدير التعجيل عادة والا لم يكن في الزيادة والنقصان فائدة وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز اي الترفيه بل الدليل على ارادة الحقيقة وهي الاضافة لانه نقص عن الاجر متى خاطه في الغد ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر بسبب التاخير اليه لانه يزول معنى الترفيه بنقصان الاجر فصار ذكر الغد للاضافة وذكر اليوم للتعجيل والعقد المضاف الى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فيصح ويجتمع في الغد تسميتان فلا يصح لما ان العقد المضاف الى اليوم يبقى الى الغد لما ذكرنا ان ذكره للتعجيل لا للتاقيت فلم يقتض بمضي اليوم فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر مجهولا وجهالته مانعة من التسليم والتسليم وهي تمنع جواز العقد **فان قيل** يشكل على قول ابي حنيفة مسئلة الخاتم فانه جعل ذكر اليوم فيها للتاقيت وجعل العقد منعقدا على تسليم النفس في المدة او على حقيقة العمل فافسده على ما سبق وجعل ذكر اليوم ههنا للتعجيل حتى اجاز العقد **قلنا** ذكر اليوم للتوقيت حقيقة وللتعجيل مجاز فلا يحمل على المجاز حتى يقوم الدليل وفي مسئلتنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التاخير فعدلنا عن الحقيقة بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل في مسئلة الخاتم فكان التاقيت مرادا فيفسد العقد وفيه نوع تامل **قوله** لا يجاوز به اي باجر المثل نصف درهم خلافا لزفر والائمة الثلاثة لان عندهم في الاجارة الفاسدة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وفي الجامع الصغير الى اخره انما اعاد لفظ الجامع لمخالفة الظاهر من رواية الجامع والرواية الاولى في الايضاح واختلفت الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني يذكر في الاصل والجامع لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة لا يزاد على نصف درهم ثم قال وهي الصحيحة لان الاجارة الفاسدة تجب فيها اجر المثل لا يزاد على المستحق والمستحق في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان الاعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم ووجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا اولى من الترجيح بالمصرح **قوله** في اليوم الثالث لا يجاوز

به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح والصحيح عندهما ان ينقص من نصف الدرهم ولا يزاد عليه ذكره في الايضاح **قوله** ان سكنت ولفظ سكنت من السكنى لا من الاسكان وانتصاب عطارا وحدادا على الحال لا على المفعول على ما مر وفي بعض النسخ اسكنت ولكن ولكن المفيد بقيد النقات الاول وقالا الاجارة فاسدة وبه قالت الائمة الثلاثة **قوله** ويحتمل الخلاف يعني ذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولم يحك فيه خلافا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة وعندهما لا يجوز كما في نظائرها من المسائل كذا في الذخيرة لهما ان المعقود عليه مجهول لانه احد الشيئين وهو مجهول وعنده اي عند العمل يرتفع الجهالة اي لا يبقى الجهالة **قوله** فيجب الاجر بالتخلية والتسليم اي تسليم الدار والبيت والدابة والاجر مجهول عند التسليم فيفضي الى المنازعة وهذا الحرف اي المعنى وهو جهالة الاجر عند وجوبه هو الاصل عندهما لابي حنيفة انه خيره الى اخره وهذا لان السكنى وعمل الحدادين يختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح وكذا عند الجمع والغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر ان لا يخلو عن الانتفاع فاذا جاء الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز من العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع بان لم يسكن اصلا ومضى المدة يجب اقل الاجرين للتيقن به اي بالاقل اذ الفضل لا يجب بالشك وقيل يجب الاقل ونصف الفضل لوجوبه في حال دون حال وقيل نصف كل واحد من البدلين لانه متى سلم ولم يوجد السكنى يحصل التسليم لهما لانه ليس احدهما باولى من الاخر فيجب سبعة ونصف فيما اذا كان اقلهما خمسة واكثرهما عشرة كذا في الذخيرة والجامع البرهاني فاما ما كان لا يمكن الجهالة فصار الاصل عند ابي حنيفة ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم بدل معلوم وضم اليه زيادة بزيادة البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل معلق باحسار الفضل في المعقود عليه • والله سبحانه اعلم

باب اجارة العبد

لما فرغ من بيان احكام الحر شرع في بيان احكام يتعلق بالعبد لانحطاط درجة العبد من الحر في المعاملات **قوله** ولهذا جعل السفر عذرا على ما يجيء في باب فسخ الاجارة فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار حتى لو سافر به يضمن لمولاه لانه صار غاصبا ولو رده الى مولاه سالما لا اجر له عندنا خلافا للائمة الثلاثة لان الاجر والضمان لا يجتمعان عندنا **فان قيل** المستاجر في منافعه نزل منزلة مولاه في منافعه وللمولى ان يسافر به فينبغي ان يكون له ان يسافر به **قلنا** انما سافر المولى به لانه يملك رقبته والمستاجر انما يملك منافعه بالعقد فيملك استخدامه في المصر عادة ولان مؤنة الرد على الاجر بعد انتهاء العقد لان منفعة العقد تعود اليه فالمستاجر بالمسافرة يلزمه ما لم يلزمه الاجر اذ مطلق العقد ينصرف الى المتعارف والظاهر من حال المولى انه يريد استخدامه في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما يزيد ذلك على الاجر فيتعين مكان العقد للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة وهذا الخلاف ما لو صالح على خدمة العبد فان المدعي يملك المسافرة بالعبد لان في الصلح ليست مؤنة الرد على المدعى عليه لانه يزعم انه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة فمؤنة الرد عليه دون الوارث وفي الاجارة مؤنة الرد على الاجر فالاخراج يلزمه ما لا يلزم قال شمس الائمة السرخسي وكان شيخنا يقول في الفرق باويل ما قال في كتاب الصلح ان اهل المدعي اذا كان في بعض القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك او كان هو على جناح السفر وعلم ذلك المدعى عليه فحينئذ يكون هو راضيا باخراج العبد الى اهله وتاويل ما قال في الاجارة

انه لم يكن ذلك معلوما للاجر عند عقد الاجارة فلا يكون راضيا باخراجه وتكلفه خدمة
السفر ثم قال والفرق عندي ما ذكرنا اولا **قوله** كما في الركوب يعني اذا استاجر دابة
ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين الراكبين فكذلك ههنا لما تعينت الخدمة في الحضر
بدلالة العادة ليس له ان يستخدمه في السفر للتفاوت بين الخدمتين وكذا لو اطلق الركوب ثم
ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو بعد ذلك ليس له ان يعين من يركبه اولا لانه تعين للركوب
فكذا ههنا لما تعين حد يد الحضر بالعادة ليس له ان يسافر به **قوله** فاعطاه الاجر اي بعد
عمله **قوله** والقياس لا اجر له وللمستاجر ان ياخذ منه لان عقد المحجور عليه باطل وصار
كما اذا هلك العبد اي قبل الفراغ من العمل فان القيمة تجب ولا الاجر عندنا لان المستاجر صار
غاصبا ولا اجر على الغاصب عندنا وعند الائمة الثلاثة تجب اجر المثل بقدر العمل وبعد الفراغ
من العمل تجب اجر المثل عندهم ايضا لفساد العقد وهذا عندنا بخلاف ما لو دفع الى العبد
المحجور ارضا مزارعة ليزرعها العبد ببذره وهلك العبد فانه لا يضمن لان البذر لما كان
من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير صاحب الارض غاصبا للعبد لان من كان
البذر من قبله يكون مستاجرا حتى لو كان البذر من قبل رب الارض وهلك العبد في عمل المزارعة
يضمن رب الارض وعندنا في الاستحسان هو محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع
المولى كقبول الهبة واذا جاز عقد الاجارة بعد ما سلم من العمل صح قبض العبد الاجرة لانه هو
العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستاجر ان يرده منه وكذا الحكم في الصبي
المحجور اذا آجر نفسه وسلم من العمل الا انه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستاجر الدية
وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد المحجور اذا هلك من العمل تجب عليه قيمته ولا اجر عليه
لما ذكرنا انه صار غاصبا ثم قبل الاجر الذي تجب فيها بين المسلمين اجر المثل لان العقد وقع فاسدا الا ان
استحسنا صحته في حق قبض الاجر فان اعتقه مولاه في المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد بلا خلاف
فاجر ما مضى لمولاه واجر ما يستقبل للعبد ولو اجره المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار في
فسخ الاجارة كالصبي اذا بلغ في مدة الاجارة وان اجاز العقد فاجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل
له والقبض للمولى لانه هو العاقد كذا ذكره قاضي خان والتمرتاشي وعند الشافعي في الجديد ومالك
واحمد لا تبطل العقد ولا خيار للعبد كالصبي اذا بلغ لانه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسخ بالعتق
ولا بزوال ملكه عنه كما لو زوج امته ثم باعها وعقد الولي في الصبي لازم لصدوره في محله بولاية
شرعية قبل ان يملك فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالاب اذا زوج ولده وقلنا لما بلغ في نصف
المدة او اعتق العبد تبين انه اجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو اجر دارين
احدهما له والاخرى لغيره صح في ملكه وذلك لان المنافع بعد العتق حق لغير العاقد فلا ينعقد عقد
عليها من غير ملك ولا ولاية **قوله** واجر العبد نفسه قيد به لانه لو اجره الغاصب كان الاجر
له لا للمالك ولا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق وعند الائمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب
باجر المثل كما لو اجر العبد نفسه و**قوله** على ما مر اشارة الى وجه الاستحسان وهو ان التصرف
نافع الى اخره ويقولون ان الائمة الثلاثة له اي لابي حنيفة انه اتلف مالا غير متقوم لانما يثبت
بالاحراز والاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او نائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد
ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف
يكون محرزا ما في يده فلا يكون العبد نائبا عن المولى ولا الغاصب ولما لم يكن محرزا للمالك لم يكن

معصوما له وما ليس بمعصوم للانسان لا يكون مضمونا له ولان الاجر بدل منفعة العبد ولو
اتلف منفعته بان استعمله في عمل من الاعمال لا يضمن عندنا فكذا اذا استهلك بدلها ولان الغاصب
لو اجره كان الاجر له ولا ضمان عليه باكله فاذا اجر العبد فعله من وجه كفعل الغاصب لانه
في ضمانه ومن وجه فعله كفعل المولى لانه ماله لرقبته وما تردد بين اصلين يوفر حظهما فرجحنا
جانب المالك عند بقاء الاجر في يده وقلنا المالك احق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان
وقلنا لا ضمان عليه اذا اكله لان الاصل في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البايع ان استهلكه البايع
لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وان كان قائما رده على المشتري كذا ههنا ذكره المحبوبي وغيره وفيه نوع
تامل لقوة جانب المالك وبظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق لانه اي المالك وجد
عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه
ياخذه اذا وجده ولا يضمن باتلافه عندنا و**قوله** على ما مر اشارة الى قوله والنافع ماذون
فيه وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فان الخروج عن عهدته يحصل باداية
الى العبد فيما اذا اجر العبد نفسه فاما اذا آجره المولى فليس للعبد ولاية قبض الاجرة لان العبد ليس
بعاقد ولا بوكيل عن العاقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد كذا في الايضاح **قوله** تحريا للجواز
اي طلبا لصحة العقد كما لو سكت عليه فقال استاجرت عبدك هذا شهرا بكذا فانه ينصرف الى
ما يليه تحريا لصحة العقد فكذا ههنا ينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة اي صيرورته تحري الجواز
لان الشهر الثاني معطوف على الاول والمعطوف غير المعطوف عليه فيتناول الشهر الثاني لا محالة
وكذا لو استاجر ثلاثة اشهر شهرا بدرهمين وشهرا بخمسة فالاول بدرهمين وبقولنا قال مالك
واحمد وقال الشافعي وبعض اصحاب احمد لا يصح العقد حتى يسمي السنة او الشهر ويذكر اي شهر
او اي سنة فيما اذا قال اجرتك شهرا او سنة لان ابتداء الشهر مجهول فيلزم جهالة انتهائه ويلزم
من جهالتهما جهالة الشهر وقلنا ابتداؤها ما يلي العقد تحريا لصحة العقد يؤيده قوله تعالى اخبارا
عن شعيب عليه السلام على ان تاجرني ثماني حجج ولم يذكر ابتداءها **قوله** فالقول قول المستاجر
اي لا يجب الاجر وبه قال احمد في رواية وان جاءوا اي بالعبد وهو صحيح او غير ابق فالقول للموجر اي
المالك وبه قال احمد في رواية والشافعي ومالك **قوله** فيرجح بحكم الحال وفي بعض النسخ
فيترجح بحكم الحال اذ هو اي الحال دليل على قيامه اي قيام امر محتمل وهو يصلح مرجحا اي الحال
يصلح مرجحا وهذا جواب سوال وهو ان يقال الحال يصلح للدفع عندنا لا للاستحقاق كما عرف في
الاصول فاذا جاء بالعبد وهو صحيح فالقول للمالك ويستحق الاجر ومطالبة المستاجر بالاجر فالحال
حينئذ كانت موجبة للاستحقاق فقال يصلح مرجحا لا حجة بنفسه يعني ان الاستحقاق ثبت ههنا بالعقد
وتسليم العبد اليه في المدة لكن المستاجر يدعي ما ينافي الوجوب معترضا بعد ظهور السبب والظاهر
يكفي شاهدا للموجر في انكاره فيكون مرجحا **قوله** واصله اي اصل هذا الاختلاف بين المالك والمستاجر
الخلاف بين مستاجر الرحا والموجر فانه يحكم الحال فان كان الماء منقطعا وقت الخصومة فالقول للمستاجر
فيما مضى وان كان جاريا فالقول لرب الرحا مع يمينه ولو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستاجر
والبينة للموجر وعلى هذا لو اعتق جارية ولها ولد فقال المولى اعتقك بعد الولادة والولد ملكي
وقالت اعتقتني قبل الولادة وقد عتق باعتاقي فالقول لمن كان الولد في يده واعتبار الولد ليس الا تحكيم
الحال وكذا لو باع شجرا فيه ثمر ثم قال البايع بعت الاشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريتها مع
الثمار قالوا ينظر ان كان الثمار في يد البايع فالقول له وان كانت في يد المشتري فالقول للمشتري كذا

باب الاختلاف

لما ذكر احكام الاتفاق وهو الاصل شرع في بيان الاختلاف اذ هو العارض ذكره التمرتاشي والمحبوبي **قوله** فالقول لصاحب الثوب اي مع يمينه وبه قال مالك والشافعي في قول وابو ثور وقال احمد وابن ابي ليلى والشافعي في قول القول للخياط والصباغ لانهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول للمأذون له كالمضارب اذا قال اذنت في البيع نساء ولانهما اتفقا على ملك الخياط الخيط والصباغ الصبغ والظاهر انه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه وقال بعض اصحاب الشافعي للشافعي قول ثالث وهو انهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن وبعضهم قال الصحيح ان القول لرب الثوب ولنا ان الاذن مستفاد من جهة رب الثوب ولهذا لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فكان القول له فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فكان القول قول من ينفيه بخلاف المضارب لان الاصل في المضاربة العموم في انواع التجارة فالخصوص عارض فكان القول لمن ينكر العارض **قوله** ما مر من قبل اي قبيل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة من دفع الى خياط ثوبا وقد بينا ما فيه من اختلاف الائمة الثلاثة ثمة **قوله** وفي بعض النسخ اي نسخ القدوري يضمنه من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة ووجه رواية ابن سماعة ان الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما كما في الغصب حتى لو انصبغ ثوب انسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فصاحب الثوب يضرب في الثمن بقيمة ثوب ابيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ فيه في حكم عين مال قابل للبيع لما كان له من الثمن حصة ولكن الاصح ما ذكره في ظاهر الرواية **قوله** فالقول قول صاحب الثوب وبه قال اصحاب الشافعي **قوله** ان كان الرجل حريفا له وحريف الرجل من يكون منه ومنه اخذ واعطا ومعاملة وهو معنى قوله اي خليطا له ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر بان اتخذ دكانا وانتصب لعمل القصارة يجب الاجر والا فلا وبه قال مالك واحمد قال شيخ الاسلام وصاحب المحيط والفتوى على قول محمد **قوله** والقياس ما قال ابو حنيفة لانه منكر للاجارة والمنافع لا تتقوم الا بالعقد عندنا بخلاف ما لو دفع الى آخر عينا ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الآخر هبة فالقول لمن يدعي القرض لان العين متقوم بنفسه فالآخذ يدعي الابراء عن قيمته فالقول لمنكر الابراء وهو مدعي القرض **قوله** والحاجة الى الاستحقاق اي استحقاق الاجر ونظيره دار في يد رجل نزع آخر انه ملكه فالقول لذي اليد وان كان غيره يدعيها ولا ينزع من يده بلا حجة فلو بيعت دار بجنبها فاراد ان يأخذها بالشفعة لا يأخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة انه ملكه لان ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للاستحقاق والاخذ بالشفعة من يد المشتري استحقاق فلا يملكه بدون البينة كذا ههنا في ادب القاضي للصدر الشهيد والله سبحانه اعلم

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة لان الفسخ بعد الوجود وهو الصحة **قوله** عيبا يضر بالسكنى العيب بالاضرار لانه اذا كان عيبا لا يضر بالسكنى بان كان في الدار حايط مايل لكن لا ينتفع به في سكناها لم يثبت الخيار بلا خلاف من الائمة الاربعة وكذا لو كان المستأجر عبدا للخدمة فسقط شعره او ذهب احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت الخيار كذا في الايضاح اما اذا كان عيبا يضر بالسكنى فله ولاية الفسخ بالاجماع

قوله وانما يوخذ شيئا فشيئا الى آخره دفع شبهة ترد على الاجارة من جانب البيع وهي ان يقال ان عقد الاجارة عقد لازم كالبيع والعيب الحادث في المبيع بعد قبض المشتري لا يثبت الرد فكان ينبغي ان لا يرد في الاجارة بعد القبض ايضا فاجاب عنه وقال ان المعقود عليه المنافع فالعيب الحادث وان كان بعد القبض صورة فهو قبل القبض معنى لما ان المنافع تحدث شيئا فشيئا اليه اشار في شرح الطحاوي فيلزمه جميع البدل وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك واحمد وقال في وجه لا يلزمه جميع الاجر ولو فعل ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لان العيب قد زال قبل فسخ العقد **قوله** انفسخت الاجارة وبه قالت الائمة الثلاثة وعن بعض اصحاب احمد والشافعي في الارض التي انقطع ماؤها لم ينفسخ الاجارة كما قال بعض اصحابنا وحكي بعد ذلك لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكنه الانتفاع بعرصة الارض بنصب خيمة او جمع حطب فاشبه ما لو نقص نفعها لكن يخير المشتري بين الفسخ والامضا فان فسخ فلا اجر عليه كعبد مات بعد العقد قبل استيفاء المنفعة وكدار انهدمت ولو اختار الامضا يلزمه جميع الاجر كما في العيب وقلنا المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة الى آخره **قوله** ومن اصحابنا من قال الى آخره وفي الذخيرة اختلف اصحابنا فيه فقال بعضهم ينفسخ بمجرد الانهدام والانقطاع واستدل بما ذكره محمد في كتاب البيوع ولو سقطت الدار فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار حاضرا او غايبا فهذه اشارة الى الانفساخ بمجرد الانهدام حيث ما شرط حضرة صاحبها وقال بعضهم لا ينفسخ ولكن يثبت له حق الفسخ وبه يفتي شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام واستدل بما روى هشام عن محمد انه لو استأجر بيتا فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر ان يمتنع من القبض ولا من الاجر فهذا دليل على ان العقد لم ينفسخ ولكنه ينفسخ وهذا لان المنفعة غير فائتة من كل وجه اذ اوصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط وفي انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنها يحتمل العود فاشبه اباق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ والذي قال ينفسخ بالانهدام ثم يعود بالبناء ومثله جائز كما في الشاة المبيعة اذا ماتت في يد البايع ينفسخ العقد ثم اذا دبغ جلدها يعود العقد بقدرها فكذا وهذا بخلاف السفينة اذا نقضت وصارت الواحا ثم ركبت واعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر لان السفينة بعد النقض اذا اعيدت صارت سفينة اخرى الا ترى ان من غصب الواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها قاله محمد ولو نقص ماء الرحا ان كان النقصان فاحشا فله حق الفسخ والا فلا لان مدة الاجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبا وتخلو عن نقصان فاحش قال القدوري في شرحه اذا صار يطحن اقل من نصف طحنه فهو فاحش وفي الاصل اذا انقطع ماء الرحا لم ينفسخ وثبت الخيار للعاقد فان لم ينفسخ حتى عاد الماء لزمه الاجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ ويرفع عنه الاجر بحساب ذلك اي بحساب ما انقطع الماء في المدة ولو لم يفسخها ومضت المدة فلا اجر عليه في ذلك **قوله** واذا مات احد المتعاقدين الى قوله انفسخت اي الاجارة وبه قال الثوري والليث وقال الشافعي ومالك واحمد وابو ثور والبتي واسحق لا ينفسخ والاجارة بحالها ويقوم وارثهما مقامهما سواء مات احدهما او كلاهما لان المنافع كالاعيان عندهم والعقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد كما لو زوج امته ومات ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب التي تحدث على ملكه وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة واذا مات المستأجر فلو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث اذ الوراثة خلافة فلا تتصور الا فيما يتصور ويبقى ليكون ملك المورث في الوقت

الاول لم يخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر لا تبقى حتى يورث
والتي تحدث بعد موته لم يكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها اذ الملك لا يسبق الوجود واذا ثبت
انتفا الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه ولا
يشكل هذا بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق حيث لا تنفسخ
الاجارة وللمستاجر ان يركبها الى المكان المسمى وبما اذا استاجر ارضا للزراعة فزرعها فمات في المدة
حيث لا ينتقض الاجارة وبنقض قوله ايضا ينفسخ بموت احد المتعاقدين بموت الموكل فانه ينفسخ
بموته مع انه غير العاقدين والمسائل في الذخيرة وفتاوى قاضي خان لانا نقول في المسئلة الاولى لا
ينفسخ للضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن الاصول حتى قال مشايخنا لو وجد ثمة دابة اخرى
يحمل عليها او الموت في موضع فيه قاض ينقض الاجارة لانه لا ضرورة وكذا في مسئلة المزارعة يبقى
عقد الاجارة استحسانا للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة يعتبر لاثبات عقد الاجارة
ابتدا حتى اذا مضت المدة والزرع بقل يعقد بينهما عقد الاجارة الى وقت الادراك لدفع الضرر
فلان يبقى العقد لدفع الضرر اولى والمستحسن من القياس لا يرد نقضا على القياس كذا في المبسوط
والذخيرة واما في مسئلة الموكل فلان المراد بالعاقد من وقع لاجله العقد حتى لو كان عاقدا ولم
يقع العقد له كالوكيل والاب والوصي والمتولي في حق الوقف لا ينفسخ العقد بموته لبقا المستحق
عليه والمستحق فيكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد كذا في الذخيرة وهذا معنى قوله لانعدام
ما ذكرنا من المعنى **قوله** ويصح شرط الخيار في الاجارة ويعتبر ابتدا المدة من وقت سقوط
الخيار وبه قال احمد وقال الشافعي لا يصح شرط الخيار فيه وله في ثبوت خيار المجلس وجهان ولو كانت
الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة اوجه لا يثبت فيها الخياران وفي وجه يثبت فيها الخياران وفي
وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط كذا في الحلية وفي المبسوط رجل تكارى دارا سنة على انه
فيها بالخيار ثلاثة ايام جاز عندنا وفي احد قولي الشافعي لان شرط الخيار ثبت في البيع بالنص بخلاف
القياس والاجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها وهذا لان شرط الخيار للفسخ ولابد ان
يتلف شي من المعقود عليه في مدة الخيار وذا مانع من الفسخ اذ رد كل المعقود عليه بالفسخ مستحق
بالخيار ولا يقدر المستاجر على رد المعقود عليه على الكمال لو كان الخيار له ولا يقدر الموجر على التسليم
ايضا على الكمال لو كان الخيار له بخلاف البيع ولنا انه اي عقد الاجارة عقد معاملة وهذا احتراز
عن النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ عقد مقابلة اي معاوضة لا
يستحق القبض فيه في المجلس واحترز به عن الصرف والسلم فان قبض البدل في المجلس شرط فيهما فلم
يجز فيهما شرط الخيار واذا لم يستحق القبض فيه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار
فيه كالبيع وهذا لان شرط الخيار انما يثبت في البيع لدفع الغبن بالتروي فيه اذ البيع يقع بغتة فالشرع
اثبت الخيار ثم دفعها لهذه الحاجة والاجارة في هذا كالبيع لانها تقع بغتة وربما يغبن فيها فشرع
الخيار فيها دفعا للغرور ومنعا للزوم كذا في تعليقات البزدوي وهذا معنى قوله والجامع دفع الحاجة
قوله وفوات بعض المعقود عليه بالاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب اي بالاجماع فكذا لا
يمنع الرد بخيار الشرط بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه يمنع الرد بخيار العيب والشرط
وهذا اي الفرق بين البيع والاجارة ان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط رد الكل
فيه اي في البيع دونه اي دون عقد الاجارة لما ان التكليف بحسب الوسع والطاقة وهذا جواب
عن حرف الخصم **قوله** ولهذا اجبر المستاجر الى اخره نتيجة قولنا اما عند الشافعي لا

يجبر وللمستاجر الفسخ في باقي المدة يعني اذا استاجر دارا سنة حتى مضى شهر ثم تحاكما لم يكن للمستاجر
ان يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه من ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد
فيما بقي بنا على اصله ان المنافع في حكم الاعيان فبفوات بعضها تتاول له العقد يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة
وتفرق الصفقة عليه قبل التمام وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين وهلك احدهما وعندنا
عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقاده بحسب حدوث المنفعة فلا يمكن تفرق الصفقة
مع تفرق العقود **قوله** وقال الشافعي لا تنفسخ بالاعذار الا بالعيب وبه قال مالك واحمد
وابو ثور وعند شريح ينفسخ بعذر وبغير عذر لان الاجارة عنده عقد غير لازم لانه عقد على
المعدوم فلا يتعلق به اللزوم كالعارية والجوار للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم **قوله**
فاشبه البيع فكما ان البيع لا ينفسخ الا بالعيب فكذا الاجارة ولنا ان العذر في الاجارة كالعيب
الحاصل قبل القبض في البيع وهذا لان المعقود عليه وهو المنافع لا تصير مقبوضة الا بالاستيفا
والاجارة تنفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب العقد
الا بضرر زايد لم يستحق به اي بالعقد فان عندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة
على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر اخذنا فيه باصل القياس وقلنا العقد في حكم المضاف
في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية كذا في
المبسوط **قوله** فاختلعت اي المراة منه اي من الزوج او ماتت المراة ففي هذين الصورتين
تنفسخ الاجارة بالاجماع **قوله** مفتقر دون القضا ام لا بد دون فسخ احدهما فلا عند عامة
المشايخ فان محمدا لم يذكر في شي من الكتب هذا واشارات الكتب متعارضة ففي بعضها يشير
الى انه ينفسخ بنفس العذر وبه اخذ بعض المشايخ وفي عامتها يشير الى انه يحتاج فيه الى الفسخ
وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح ثم يحتاج الى القضا ام لا فيه خلاف كما ذكر في المتن **قوله**
انه فصل مجتهد فيه لان فيه خلاف الائمة الثلاثة **قوله** العذر ظاهرا بان ماتت المراة
او اختلعت فيما اذا استاجره لطبخ طعام الوليمة او مات الولد اذا استاجره ليختنه وقال
المحبوبي هو الصحيح اي التوفيق فيما ذكر في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه كما اذا لحق
الموجر دين وهو يدعي انه لا وفا له الا من ثمن ما اجر لانه يحتمل ان يكون له وفا من غير المستاجر
فيحتاج فيه الى القضا ليزول الاشتباه بالقضا ويظهر العذر وما ذكره محمد في الجامع والاصل
محمول على ما اذا كان العذر واضحا لا اشتباه فيه فلا يحتاج الى القضا وجعل شمس الائمة ما
ذكر في الزيادات اصح لانه فصل مجتهد فيه فيحتاج فيه الى القضا ذكره في المبسوط ثم اختلفوا
في فسخ القاضي قبل بيع الدار فقيل البيع ينفسخ الاجارة ضمنا وانما لا ينقض الاجارة قصدا
لانه لو نقضها قصدا ربما لا يتفق البيع فيكون النقض ابطالا لحق المستاجر قصدا وانه لا يجوز وقيل
يفسخ الاجارة ثم يبيع وفي الذخيرة لو اظهر المستاجر في الدار الشر كشرب الخمر واكل الربا والزنا
واللواطة يومر بالمعروف وليس للموجر ولا لجيرانه ان يخرجوه من الدار وذلك لا يصير عذرا في
فسخ الاجارة ولا خلاف فيه للائمة الاربعة وفي الجواهر ان راى السلطان ان يخرجه فعل وقال
ابن حبيب المالكي لو اظهر الفسق في دار نفسه ولم ينتهي بالامر بالمعروف ويقول داري انا اتي
فيها ما شئت يباع عليه داره **قوله** ثم بدا له اي للمستاجر يقال بدا له في هذا الامر بدا
ممدودا اي نشا له فيه راي وهو ذو بدوات **قوله** ولو مرض ولو مرض الموجر اي المكاري
هذه المسئلة في مرض المكاري والاولى في بدائه فكذا الجواب على رواية الاصل لا يمكنه ان يرسل

من شاهد الدابة وعلى رواية الكرخي عذر لانه اذا مرض بعد خروجه لا باختياره وغيره
لا يشفق على دابته ولا يتعاهدها مثله فيدفع عنه الضرر اما اذا اراد ان يقعد باختياره
فقد ترك الخروج باختياره فعليه ان يقيم غيره مقامه قوله فليس بعذر اي هذا البيع في
فسخ الاجارة اذا لم يكن عليه دين الا وقام غيره لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما
العجز عن التصرف قبل المدة يلزمه بالتزامه وانما يعوضه الاسترباح بان يتصرف فيه قبل مضي
مضي المدة ويسترح وانه اي الاسترباح امر زايد اذ لو نقضنا الاجارة به لما سلمت اجارة ابدا
ولبطلت حوائج الناس ثم هل يجوز هذا البيع اختلفت الرواية فيه قال شمس الايمة والصحيح من
الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر
الشهيد حتى لو قال يعني ان يكتب المفتي في جوابه لا يجوز في حق المستاجر ولو جاز ايا كان الفسخ يعقد
البيع ويفسخ الاجارة اما اذا بعد الدين وحبس في الدين يجوز كما ذكرنا قال عليه الصلاة والسلام اذا
استقبلك بلاء فاجعل مالك دون نفسك فان قيل ينبغي ان لا يحبسه القاضي اذا علم ان
الحق المستاجر يتعلق بماله بل يوخر الحبس الى انقضاء مدة الاجارة قلنا القاضي لا يصدقه في انه
لا مال له الا من المستاجر فيحبسه لهذا كذا في الذخيرة وجامع المحبوبي وعند ملك واحمد والشافعي
في قول يصح هذا البيع ويجب التسليم عند انقضاء الاجارة وقال الشافعي في قول يصح البيع من المستاجر
دون غيره لان يد المستاجر حايلة يمنع التسليم فيمنع صحته قيل في جوابه منعت التسليم من المال
لا في الوقت الذي يجب التسليم ويكفي القدرة على التسليم في وقته كالمسلم فيه وعندهم لو لم يعلم
المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ والامضا لان ذلك عيب ونقص قوله وتاويل
المسلة خياط يعمل بان يشتري الثياب ويخيطها ويبيعها كما هو عرف اهل الكوفة لا الخياط الذي
يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن معاملته وتسليم العمل
اليه كذا في الذخيرة قوله ثم سافر فهو عذر اي قصد السفر لان العجز عن السفر لا يستخدام
العبد يضره ضررا غير مستحق بالعقد لما فيه من تعطيل مصالح السفر وخدمة السفر اشق على
العبد فلا يجبر ان يسافر معه فيكون عذرا وفي الذخيرة لو قال الموجر للقاضي انه لا يريد السفر ولكن
يريد فسخ الاجارة وقال المستاجر اريد السفر فيقول القاضي للمستاجر مع من تخرج فان قال مع
فلان وفلان فالقاضي يسلهم ان فلانا هل يخرج معكم وهل استعد للخروج فان قالوا نعم ثبت العذر
والا فلا وهذا لان الخروج لا بد له من الاستعداد قال تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة
وقيل القاضي يحكم بزيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر جعله مسافرا اذ انوي والسما حجه
عند اشتباه الحال وقيل لو انكر الموجر السفر فالقول له وقيل القاضي يحلف المستاجر
بالله انك عزمت على السفر واليه مال القدوري والكرخي وكذا لو خرج من المصر ثم عاد يحلف
بالله انك قد خرجت قاصدا الى الموضع الذي ذكرت ولو اراد رب العبد السفر لا يكون ذلك
عذرا لانه يمكنه ابقا المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلي
بين المستاجر وبين العبد مسايل منثورة حصد الزرع جزه من باب طلب
وضرب والحصايد جمع حصيد وهو الزرع المحصود واريد ههنا ما بقي من اصول القصب
المحصود في الارض كذا في المغرب لانه غير متعد في هذا التسبيب فانه مسبب لا مباشر والضمان
طريق التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب الا يرى ان من حفر بيرا في ملكه فوقع فيها انسان فهلك
لا يضمن ولو رمى سهما في ملكه فاصاب انسانا او مالا فهلك يضمن لانه مباشره فلم يتوقف على

التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعدم التعدي اما التسبيب فليس بعلة فلا بد من
صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق الحصايد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه وقيل
هذا اذا كانت الرياح هادية حين اوقد النار وقال شمس الايمة السرخسي وهادية بالنون ساكنة
من هدن اذا سكن وفي نسخة هادية من هدا بالهمزاي سكن قوله انها اي النار لا تستقر في
ارضه ولكن الريح يذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القاها في ارضهم قوله فهو جايز
اي استحسانا لانا اذا وجدنا سبيلا الى الحكم بجوازه وهو شركة التقبل لا الاجارة لان تفسير شركة
التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو
متعارف وجب القول بصحته والقياس يابي جوازه لانه ان كان شركة فراس مال صاحب الدكان
المنفعة والمنافع لا تصلح راس مال الشركة وان كان اجارة فاستاجره بنصف ما يخرج من عمله وهو
مجهول وفي الاستحسان هذا شركة الوجوه في الحقيقة فيجوز عندنا خلافا للشافعي والطحاوي اخذ
في هذه المسلة القياس وقال عندي القياس اولى من الاستحسان قوله وفي القياس لا يجوز وهو
قول الشافعي واحمد لجهالة المحمل فانه يتفاوت فيفضي الى المنازعة فلا يجوز كما في البيع وجه
الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم لان اجسام الناس متقاربة في الغالب وحكي ذلك
عن ملك والمحمل تابع للراكب وجهالته ترتفع بالصرف الى المعتاد فلا يفضي الى المنازعة قوله اذا
لم ير الوطا والدثار الوطا الفرش المفروشة وبالفارسية بستر گسترده والدثار كل ما كان من الثياب
فوق الشعار وبالفارسية جامه بزبر جامه والشعار جامه اندروني وفي المحيط استاجر بعيرا من الى
مكة ليحمل على احدهما محملا فيه رجلان وما لهما من الوطا والدثر ولم ير الجمال الوطا والدثر وعلى الاخر
زاملة عليه كذا مختوما من السويق وما يصلحه من الزيت والخل وما يكفي من الما ولم يسم قدر ما
يصلح من الخل والمعاليق من القربة والمطهرة ولم يسم وزنه او شرط ان يحمل من هدايا
مكة ما يحمل الناس فهذا جايز استحسانا للتعارف وله ان يحمل ما هو متعارف وحكي مثله عن ملك
وقال الشافعي واحمد لا بد من معرفة المحمل والوطا والدثر والمعاليق وتقدير الزاملة لما ذكرنا انه
مجهول جهالة تفضي الى المنازعة وهو القياس واختلف اصحاب الشافعي في المعاليق كالقدر ومثله
فقيل لا يجوز حتى يعرف قولا واحدا وقيل فيه قولان احدهما يفتقر الى المعرفة والثاني لا يفتقر ويحمل
على العرف فيها قوله جاز ان يرد عوض ما اكله وبه قال الشافعي في قول واحمد وفي قول
يعتبر العرف ان جرى بالاستبدال يستبدل والا لا وبه قال ملك وهذا الخلاف اذا اطلق
اما اذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف
ولو سرق او هلك بغير اكل او باكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف قوله ورد الزاد معتاد
عند البعض جواب اشكال مقدر وهو ان يقال مطلق العقد محمول على العادة وفي عادة المسافرين
لا يردون سيما مكان ما اكلوا فقال في جوابه العرف مشترك فانه معتاد عند بعض الناس فكان
العمل بالاطلاق اولى وهو ان المكاري قبل حمل المسمى من موضع الى موضع وانما يكون ذلك برد
ما انتقص والاشكال مع جوابه مذكور في شرح الاقطع وفي المحيط اشترط عقبة الاجير وهو
ان يستاجرها اثنان ينزل احدهما ويركب الاخر ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه
قالت الايمة الثلاثة وقال المزني لا يجوز اكترا العقبة الا مضمونة في الذمة وهو ان يبين مقدار
ركوب كل واحد بالزمان او الفرسخ والحاصل ان اكترا الظهر مبني على العرف اذ المعروف كالمشروط
كتاب المكاتب اورد الكتابة بعد

الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج
فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا احترز عن البيع والطلاق والعتاق
وقدم الاجارة لانه اشبه بالبيع من حيث التمليك والشرائط وجريانه في غير المولى وعبده ثم
من محاسنه ان العبد به يصل الى شرف الحرية في الدنيا ويكتسب اسباب السعادة العقباوية
والمولى يصل الى المال مع الثواب ومن محاسنه ايضا الاستنان بسنة الله فان الخلق كلهم
عبيد الله تعالى واماؤه ولكن اعطاهم من حرية اليد والملك الظاهر بقدر ما يسعون في
فكاك رقبتهم وبدل كتابتهم الوفاء بعهوده باتمار اوامره والانزجار عن نواهيه فمن وفى بعهوده
خلص من عقابه **ثم الكتابة** لغة ماخوذ من الكتب وهو الجمع والضم يقال كتبت
البغلة اذا ضممت بين شفريها بحلقة والشفران طرفا الفرج او القربة اذا خرزتها ومنه كتب الكتاب
اي جمع الحروف والكتيبة الطائفة من الجيش لانضمام بعضهم الى بعض ويسمى هذا العقد كتابة
لما فيه من ضم النجم الى النجم او لانه نوع من الكتابة ولهذا قال تعالى فكاتبوهم وشرعا عقد بلفظ الكتابة
او بلفظ يؤدي معناه يوجب التحرير يدا في الحال ورقبة في المال ولا يلزم عليه تعليق العتق
على مال لانه لا يحتاج فيه بلفظ الكتابة بل يحصل بقوله اعتقتك على كذا والفرق بينهما في الحكم ان
الكتابة عقد يقال ويفسخ ولا يملك بيع المكاتب والاعتاق على مال من جانب المولى يمين والمكاتب
يملك كتابة عبده ولا يملك الاعتاق على مال ذكره في المبسوط وسبب الكتابة الرغبة الباعثة
للمولى والعبد على مقصودهما الذي ذكرناه في محاسنها **وركنها** الايجاب والقبول وشرطها
قيام الرق في المحل وكون المال المسمى معلوم القدر والجنس ايضا وحكمها ثبوت حرية اليد للعبد
في الحال وثبوت حرية الرقبة عند اداء البدل ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل في
الحال وثبوت الملك فيه اذا قبضه **قوله** **اعلم** ان الكتابة جائزة اما الجواز لقوله
تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وقوله عليه الصلاة
والسلام من اعان غارما او غازيا او مكاتبا في كتابته اظله الله يوم لا ظل الا ظله وقوله عليه
الصلاة والسلام ايما عبد كوتب والاحاديث في الباب كثيرة واجمعت الامة على جوازه وقوله
باجماع الفقهاء احترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب
التقريب من اصحاب الشافعي ورواية عن احمد فانهم قالوا تجب الكتابة اذا سال العبد ان كان
العبد ذا امانة وذا كسب اذ الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية قلنا الوجوب يبطل اثر
الملك واحكام المماليك على المالكين وهذا خلاف الاصول وفيه نوع تامل وشنع ابن حزم على
الفقهاء في هذه المسالة وهذا من غاية تعصبه وقال ان عمر جبر انسا على كتابة سيرين وقلنا فعل
انس خالف قول عمر و**قوله** هو الصحيح احترز عن قول بعض مشايخنا انه قال امر
اباحة وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده اذا علم
فيه خيرا لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة ثابتة بدون هذا الشرط وكلام الله تعالى منزه عن هذا
اما الندبية متعلقة به اي بعلم الخير لان المولى انما يندب ان يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في
المبسوط **قوله** والمراد بالخير المذكور على ما قيل الى اخره وفسر الشافعي الخيرية بالامانة والكسب
وبه قال مالك وعمرو بن دينار واحمد وهو قولنا ايضا وعن ابن عباس وابن عمر وعطاء الخير الكسب خاصة
وعن الثوري والحسن البصري انه الامانة والدين خاصة وقيل الخير الوفاء بالامانة والصلاح ولو فقد
الامانة والكسب لا تكره الكتابة عندنا والشافعي ومالك وقال احمد واسحق وابو الحسين بن القطان من

اصحاب الشافعي يكره ويشترط قبول العبد البدل بلا خلاف ولا يعتق الا باداء كل البدل وبه قالت
الائمة الثلاثة وفيه اي في وقت عتق العبد اختلاف الصحابة فقال ابن عباس كما اخذ الصحيفة من مولاه
عتق يعني يعتق بنفس العقد وهو غريم المولى وقال ابن مسعود اذا ادى قدر قيمة نفسه يعتق وفيما
زاد يكون المولى غريما من غرمائه وقال علي يعتق بقدر ما ادى وبه قال اصحاب الظاهر وقال زيد
ابن ثابت مثل قولنا واخترنا قوله لانه مؤيد بما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم رواه ابو داود وبالمعنى فان احد البدلين لم يدخل في ملك المالك فلا
يخرج البدل الاخر عن ملكه ولان بالكتابة يثبت للعبد ملك اليد فاما العتق فمعلق بشرط
الاداء والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءا فما لم يؤد جميع البدل لم يعتق كذا في المبسوط
قوله ويعتق بادائه اي باداء البدل وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وبه قال
مالك واحمد وقال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا ان اديته فانت حر وفي شرح الوجيز
ولو لم يصرح بتعليق العتق بالاداء ولكن نواه بقلبه كاتبتك على كذا صحت الكتابة وان لم يصرح
بالتعليق ولا نواه لم يحصل العتق ولم تصح الكتابة وعن بعض اصحابه ان كان الرجل فقيها صحت كتابته
بمجرد لفظ كاتبتك على كذا والا فلا بد من تعليق الحرية او نيته واصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة
شرعا فعنده ضم نجم الى نجم فلو صرح وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لا يعتق
وكذا اذا قال كاتبتك ولم يقل ان اديت فانت حر لا يعتق فكذا هنا وعندنا تفسيرها ضم حرية
البدل الى حرية الرقبة عند الاداء فلا يحتاج الى تعليق العتق بالاداء لان العتق عند الاداء حكم العقد
وحكم العقد يثبت بدون التصريح به كما في البيع كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** ولا يجب
حط شيء من البدل بل هو مندوب وبه قال مالك والثوري وقال الشافعي واصحاب الظاهر
واحمد يجب وفي وقت وجوبه وجهان احدهما بعد العتق والثاني بعد اداء اكثر البدل وقدره
قد نص الشافعي انه يجزئ ما يقع عليه اسم المال للشافعي قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي
آتاكم ومطلق الامر للوجوب وعن علي مرفوعا وموقوفا انه عليه الصلاة والسلام قرا هذه الاية
وقال هو ربع بدل الكتابة واختلف اقوال الصحابة في قدر المحطوط فاخذ بالاقل لانه متيقن
وعند احمد يحط قدر ربع البدل باثر علي ولنا ان هذا عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه كما في
سائر المعاوضات وهذا لان الكتابة توجب البدل فلا يجوز ان يكون موجبا اسقاطه اذ الشيء
لا يتضمن ضده والامر في قوله وآتوهم للندب لانه معطوف على الامر بالكتابة لان الاصل
ان يكون حكم المعطوف حكم المعطوف عليه كذا في المبسوط ورد عليه بان هذه جملة تامة فلا
يوجب المشاركة كما في قوله تعالى واقيموا الصلاة وآتوا الزكاة واجيب ليس هذا مثل تلك الجملة لان
الثانية مرتبطة بالاولى برجوع الضمير اليها فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف وفيه
نوع تامل وعن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة وهو الظاهر
لان الايتاء يدل على التمليك وذا في التصدق عليهم لان الحط لا يكون ايتاء ولا يطلق عليه اسم الايتاء
وقال ابن حزم في المحلى الشافعي ناقض حمل قوله تعالى وكاتبوهم الاية على الندب وقوله تعالى وآتوهم
على الوجوب وهذا تحكم وابو حنيفة ومالك قالا كلاهما للندب وآتوهم الاية امر للسيد وغيره
بالايتاء وهو باطل لانه معطوف على قوله فكاتبوهم فيكون المامورون بالكتابة هم المامورون بالايتاء قلنا
نعم مامورون بالايتاء من مال الصدقة لا بالحط من البدل كما روي عن جماعة من الصحابة **قوله**
وقال الشافعي لا يجوز حالا فلا بد ان يكون منجما واقله نجمان اتباعا للسلف فانهم لم يعقدوا الكتابة الا على

عوض مؤجل وبه قال احمد في ظاهر روايته ولانه على تقدير الحلول توجه المطالبة في الحال وهو
لا يقدر على ادايه لانه كان مملوكا لا يقدر على شي وفي زمان يسير لا يحصل القدره عادة على الكسب
على مال كثير والعجز الطاري يبطل الكتابة فلان يمنع انعقادها اولى بخلاف السلم اي الحال على اصله
اي اصل الشافعي حيث جوزه لانه عقد حر بين الحرين والظاهر هو القدره على ما التزمه لكونه
اهلا للملك قبل العقد وقد قام دليل القدره وهو الاقدام على العقد ولنا ظاهر ما تلونا وهو
قوله تعالى فكاتبوهم من غير قيد التاجيل والتنجيم فلا يزاد على النص بالراي وبقولنا قال مالك ذكره في
الجواهر قال ابو بكر الطاهر قول مالك ان التنجيم والتاجيل شرط فيه ثم قال علماونا النظار يقولون
ان الكتابة الحالة جايزة ويسمونها قطاعة وهو القياس ولانه اي عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل
معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن في البيع ليس بشرط
بالاجماع فكذا القدرة على تسليم بدل الكتابة لا يشترط بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه
والقدره على تسليم المعقود عليه شرط لنهيه عليه الصلاه والسلام عن بيع ما ليس عند الانسان فشرطنا
الاجل في السلم لثبات القدره على التسليم في المدة لان مبناه اي مبنى السلم على المضايقة والمماكسة فالظاهر
انه لا يوخر عند توجه المطالبة نحوه **فان قيل** الخصم استدل بالقياس ايضا فكانا متعارضين فاين
ثبت رجحان دليلكم **قلنا** رجحان دليلنا ظاهر لان ما استدللنا به دائر بين شرط الجواز وعدمه وما
استدل به الخصم بين علامة الوجود وعدمه والشرط اكثر تاثيرا في الحكم من العلامة نعني قول الخصم ان
الظاهر من حال العبد انه مفلس لانه لم يكن مالكا لشي قبل العقد فقد التزم الادا بالعقد يجب ان
يكون قادرا على الادا حتى يتحقق ما هو المقصود للمولى في هذا العقد بخلاف المسلم اليه فانه حر
فبالتزامه يعلم انه قادر على تسليم المسلم اليه وقلنا عدم قدرة العبد ممتد الى مقدار يمضي ليس بامر
لازم لان الجايز ان يرزق العبد بعد العقد ما لا بطريق الهبة والزكاة والوصية او بالتجارة او جرى
عقد الكتابة على الملح على قدر من الملح فيمكن تسليم الملح عقيب العقد وما قال بعض اصحاب الشافعي
ان الملك بالهبة او الوصية او التجارة يحتاج الى القبول وذلك يتاخر عن العقد ولذا الاملاك الملح
دون الاخذ يتاخر عن العقد غير قوي لان الادا بعد العقد والقدرة شرط للادا ولئن سلم فلا
فافلاسه واقع في المعقود به وذلك غير مضر لصحة العقد كما في البيع اما السلم فيجب ان يكون مؤجلا
لان الاجل هناك قائم مقام المسلم فيه وهو المعقود عليه وملك المعقود عليه شرط لصحة العقد
كما في البيع فما كان قائما مقامه وهو الاجل ينبغي ان يكون شرطا لان ما هو شرط لصحة الشي فالذي
يقوم مقامه عند عدمه شرط ايضا كالتيمم للصلاة عند عدم الما او الوضوء كذا في المبسوط يؤيده ما
روي عن ابن عباس انه قال حدثني سلمان ان رجلا من بني قريظة ابتاعني فاسلمت وشغلني الرق حتى فاتني
بدر ثم قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم كاتب فسالت صاحبي ذلك حتى كاتبني على ان احيي له ثلثماية
نخلة باربعين اوقية من ذهب فاخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا اردت ان تضعها فلا تضعها
حتى تاتيني فتوذنني فاكون انا الذي وضعها فاعانني اصحابي حتى جئت ثم جئت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ملك نعب الذهب بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاء رجل بمثل البيضة من الذهب اصابها من بعض
المعادن فقال عليه الصلاة والسلام ما فعل الفارسي المكاتب المسكين ادعوه فدعيت فجيت فقال عليه
الصلاة والسلام اذهب بهذه فادها مما عليك من المال فوالذي نفسي بيده لقد وزنت منها اربعين اوقية
حتى اوفيته الذي علي قال فاعتق سلمان وشهد الخندق وبقيت مشاهد رسول الله عليه الصلاة والسلام
قال ابن حزم لا نظر مع صحة الخبر **فان قيل** عتق سلمان باعتبار ان سيده كافر اعتق بذلك **قلنا**

عتق العبد المسلم بكفر سيده عرف من عبيد اهل الطايف والطايف بعد الخندق وكذا قوله تعالى ولن
يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا بعد الخندق نقل من المحلي **قوله** والشافعي بحالفيه
حتى لم يجوز كتابة العبد الصغير المميز باذن وليه او بغير اذن وليه وكتابة السيد اذن له على القبول وكذا
على ما لا يجوز باذن وليه في القبول خلافا للشافعي اما الصغير غير المميز والمجنون لا يجوز كتابته بالاجماع **قوله**
حتى لو ادى عنه اي عن الصغير غير المميز وقيل مولاه لم يعتق لان ادا البدل انما يتصور في عقد منعقد
لا في عقد باطل ويرد المال على صاحبه لانه اداه باعتبار سبب باطل **قوله** لانه اي
المولى اتى بتفسير الكتابة وفي الكافي صح استحسانا والقياس ان لا يصح لان ذكر النجوم فصل في الكتابة
عندنا فيجعل وجود ذكرها كعدمها فبقي قوله قد جعلت عليك الف درهم وهو بظاهره ضريبة
وقوله ان اديت فانت حر هو تعليق وجه الاستحسان ان العبرة في العقود للمعاني الا ترى ان المضاربة
بشرط الربح كله لرب المال بضاعة وبشرط الضمان اقراض وقد وجد معنى الكتابة هنا لان معنى
الكتابة هنا سنة وعادة هذا عند الاطلاق يصح فعند التفسير اولى ولا بد من ذكر قوله فان اديت
فانت حر هنا بخلاف قوله كاتبتك فان الاجمال ينعدم ههنا اذ موجب الكتابة عتق العتق عند الادا
صرح بقوله ان اديت فانت حر ولم يصرح واما قوله ان عجزت فانت رقيق فضل غير محتاج اليه لا
هنا ولا في قوله كاتبتك وانما ذكره للتفسير وحث العبد على ادا المال عند النجوم كذا في الجامع الصغير
لشمس الايمة السرخسي **قوله** لان التنجيم يدل على الوجوب اذ التنجيم يستعمل للتيسير وذا انما
يكون عند الوجوب لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة فعرف ان المولى قصد بالتنجيم ايجاب
المال بطريق الكتابة كذا ذكر شيخ الاسلام **قوله** وفي نسخ ابي حفص اي روايته لا يكون مكاتبه
قال فخر الاسلام في مبسوطه وهو الاصح لان التنجيم ليس من خصايص الكتابة حتى يجعل تفسيرا للكتابة لان
الكتابة تخلو من التنجيم فيكون ادنا لا كتابة كما لو قال اذا اديت الفا في هذا الشهر فانت حر **قوله**
ولم يخرج عن ملكه يخرج عن قول ابن عباس بان عتق بمجرد العقد كما ذكرنا **قوله** والخروج الى
السفر وان نهاه المولى وبه قال احمد والشافعي في قول وقال في قول لا يخرج الى السفر بغير اذن السيد
وهو قول مالك وفصل بعض اصحاب الشافعي فقال ان كان السفر طويلا لا يخرج بغير اذن السيد لتضرر
السيد به وان كان قصيرا يخرج وقلنا مقصود المولى من اثبات المالكية له بالعقد ان يتمكن من ادا
البدل وربما لا يتمكن من الادا الا بالخروج للسفر **قوله** لما روينا اشارة الى قوله المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم وذلك اي المساواة على باويل التساوي **قوله** ويثبت له في الذمة حق من
وجه يعني اصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته
في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلته مالكية
ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض تم المالكية للعبد وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة
اتمام المالكية فان اعتقه اي قبل ادا البدل عتق لانه مالك لرقبته **قوله** لزمه العقر وبه قال
الشافعي وقال مالك لا عقر عليه وقال احمد ان يجب على المكاتبة ان يطاها لا عقر عليه والا يجب ويوذب
لان وطي حرام وعن الحسن البصري انه قال يجب الحد لان وطي في غير ملكه وعندنا والشافعي اذا شرط وطيها يفسد
الكتابة وعند مالك يفسد الشرط ويصح العقد وعند احمد يصح العقد لانه شرط منفعتها مع بقا ملكها
فصار كما لو شرط خدمتها شهرا وقلنا هو شرط على خلاف مقتضى العقد اذ مقتضى العقد ان يكون اخص بمكاسبها
واجزايها لتوسل الى المقصود بالعقد وهو العتق باداء البدل ومنافع البضع ملحقة بالاجزا فيكون شرطا
على خلاف مقتضاه فيكون مفسدا لان فيه نفع لاحد العاقدين **قوله** بنا عليه اي على الوصول

الى البدل و **قوله** لما بينا اشاره الى قوله لانها صارت اخص باجزائها اذ لو لم يجعل كذلك لا يدفعها المولى على تاويل انه ملكه فلا يحصل مقصود العقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله فالكتابه فاسده ولا اعلم فيه خلافا للائمة الثلاثة وفي المبسوط وجب عليه قيمته اى قيمة نفسه **قوله** فلان القيمة مجهوله اى جنسا وقدرا لانها تارة يكون من الدراهم وتارة من الدنانير ويختلف مقدارها لاختلاف المقومين ووصفا ايضا باعتبار صفة الدراهم **قوله** كما اذا كاتب على ثوب او دابة حيث تفسد الكتابة والاصل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الكتابة لانها مبادلة مال بما ليس بمال اذ البدل في الحال مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فصار كالنكاح **فان قيل** لو كاتبه على عبد يصح وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد ويجب عليه قيمة عبد وسط حتى لو اتى بالعبد الوسط او قيمته جبر المولى على القبول وان كانت القيمة تجب بهذه التسميه ينبغي ان يجوز اذا صرح بالقيمه **قلنا** بتسميه العبد تجب القيمه ضمنا وحكما لا قصدا لانه نص على تسميه العبد وقد يثبت الشي ضمنا وحكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا كبيع الاجنة ونحوها ولانه يصار الى القيمه لعدم تعيين العبد وهو ليس من ذوات الامثال فيكون جهالة القدر طاريه لا مقارنه كذا في المبسوط وفيه **فان قيل** هلا جعلت قوله كاتبتك على ثوب كنايه عن قوله ان اديت الي ثوبا فانت حر فان في هذه الصوره يعتق باداء الثوب قلنا لا يمكن ذلك لان الكتابه متى صحت كان حكمه تعليق العتق بثوب معين لا بثوب مجهول الجنس فلا يمكننا ان نجعل كنايه عنه وفي الذخيره قوله فان ادى الخمر عتق وفي المبسوط قبل المرافعة الى القاضي وقد كان قال له اذا اديته ولم يقل يعتق لان العقد منعقد مع فساده فيعتق بالاداء وعليه قيمة نفسه لان العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رده بعتقه فيلزمه قيمته كما في الشرا الفاسد اذا اعتق المشتري المبيع بعد القبض **قوله** لان البدل هو القيمة اى في الكتابه الفاسده وفي الكافي ذكر في الهدايه الا باداء قيمة الخمر وهو مشكل لانه مخالف لعامة الروايات وكانه وقع في بعض نسخ الهدايه كذلك والا النسخه الصحيحه لا يعتق الا باداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ **قوله** وعن ابي يوسف الى اخره وهذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثه ذكره في المبسوط والذخيره فعلى هذا ينبغي ان لا يخص ابا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن **قوله** وصار كما اذا كاتب على ميته او دم حيث لا يعتق باداءهما الا اذا قال المولى اذا اديت الميته والدم فانت حر اما اذا لم يقل فلا يعتق باداء الميته او الدم لان العقد لم ينعقد اصلا فيعتبر فيه التعليق ولا فصل في ظاهر الرواية يعني يعتق باداء الخمر سواء كان قال في العقد ان اديت الخمر فانت حر او لم يقل ذلك **قوله** كيلا يبطل حقه اى حق العبد في العتق **فان قيل** هذا الابطال اذا لم يعتق باداء عين الخمر اما اذا عتق فلا يلزم هذا **قلنا** يحتمل ان القاضي يرى صحة ما روي عن ابي حنيفة فيما اذا كاتبه على خمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى بتلك الروايه يبطل حقه في العتق ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق تعليل لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يمكن ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة اضر عليه من العتق وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل في وقت عزة الطعام فالاولى ان لا يرضى عند ايجاب الزيادة على المسمى والاولى في التعليل ان يقال لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسد واقدم عليه باختياره ورضاه كان قابلا بلازمه بعتقه بالغا ما بلغت اد

اداء قيمة نفسه قد تربو على المسمى لانه هو البدل اى القيمه على تاويل المذكور او ذكره بتذكير الخبر وفي الذخيره ومبسوط شيخ الاسلام وقيمته تعرف بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين ثم لو اختلف المقومون فان اتفق اثنان منهم على شي يجعل ذلك قيمة له ولو اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين و**قوله** واثر الجهالة في الفساد جواب اشكال وهو ان يقال لان القيمة مجهوله كجهالة الثوب كما يجي **قوله** بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب وكذا لو كاتبه على دابة لا يجوز ايضا ولا يعتق باداء ثوب او دابه **فان قيل** المسمى ثوب وهذا الاسم حقيقة لما ادى فينبغي ان يعتق باداءه وان لم يكن هو البدل حكما كما لو كاتبه على خمر فادى الخمر **قلنا** نعم المسمى ثوب ولكن الثياب متفاوته تفاوتا فاحشا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى لانه لو تعين لم يرجع المولى عليه بشي اخر لانه مال متقوم وقد سلم وفي هذا اضرار عليه فلدفع الضرر عنه لم يتعين ولان هذا بمنزلة اسم المشترك وفي المشترك لا يتعين شي بمطلق الاسم ولا عموم له ايضا فلهذا لا يعتق باداءه كذا في المبسوط ولانه انما يعتق بتسليم ما يصلح بدلا والقيمة تصلح بدلا في العقد الفاسد اما الثوب فلا يصلح بدلا بحال لا في الفاسد ولا في الصحيح **فان قيل** الكتابه على القيمة كالكتابة على الثوب في الجهالة فان القيمة مجهوله قدرا وجنسا كما ذكرنا ولو ادى القيمة يعتق فينبغي ان يعتق باداء الثوب **قلنا** ذكر الفرق في الذخيره حيث قال ان في الكتابه شيئين معاوضة وتعليق عتق باداء العوض اما معاوضة فلوجود العوض من الجانبين واما تعليق عتق بالاداء فان التعليق تعليق العتق بشرط في المستقبل وفي الكتابة ذلك فقلنا القيمه تصلح عوضا لانها معلومة الجنس وتصير معلومة القدر ايضا عند الاداء فاذا صلح عوضا وهو ملفوظ به تعلق العتق باداءه اما الثوب لا يصلح بدلا في المعاوضات لانها مجهولة الجنس والقدر فلا يتعلق العتق باداءه لان عتق المكاتب تعلق باداء العوض فلهذا لا يعتق باداءه ثم الكتابه على قيمته جايزه عندنا ومالك وعند الشافعي واحمد لا يجوز **قوله** ومراده شي يتعين بالتعيين كالعبد والثوب وغيرهما من المكيل والموزون لا يجوز الكتابه عندنا والشافعي واحمد وقال مالك يجوز ويشتريه ويؤديه وان لم يبعه الغير يؤدي قيمته ويجوز عندنا اذا كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير وعند الشافعي واحمد لا يجوز فيه لتعين الدراهم والدنانير عندهما فصار كعين يتعين بالتعيين وعند ابي حنيفة يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وقال اشهب المالكي اذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز **قوله** فاشبه الصداق فانه اذا امهر عند الغير يصح التسميه فكذا ههنا يصح التسميه فاذا قدر على تسليمه جاز واذا عجز رد الى الرق **قوله** قلنا العين في المعاوضة وفي بعض النسخ في المعاوضات والمراد من العين هو بدل الكتابة ولا يقال البدل في الكتابة كالثمن في البيع فينبغي ان لا يشترط القدرة على بدل الكتابة شبهين شبه الثمن لما ان التصرف فيه بالاستبدال جايز قبل القبض وشبه بالمبيع من وجه اخر وهو ان العجز عن تسليمه يوجب حق الفسخ كما في المبيع ثم لو كان ذلك عينا صار عقد الكتابة بمنزلة بيع المقايضة فصار للبدل حكم المبيع من وجه حتى يشترط القدره على تسليمه واذا كان غير عين لا يشترط القدره عملا بالشبهين **قوله** على ما هو المقصود بالنكاح وهو منافع البضع حتى لو تزوج رضيعة يصح نظرا الى ما هو تابع وهو الصداق في النكاح اولى ان لا يشترط القدرة عليه فعن محمد انه يجوز البيع عند الاجازة يعني اذا اشترى شيا بمال الغير فاجازه الغير يجوز مع انه مبني على المضايقة فالكتابه وهي مبنيه على المسامحة اولى **قوله** على ما قال في الكتاب

وهو قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لا يجوز والجامع اي المعنى الجامع بين المقيس عليه
وهو الكتابة على العين الذي لم يلحقه الاجارة وبين المقيس وهو الكتابة على عين الغير الذي لحقته
الاجارة انه اي عقد الكتابة لا يفيد ملك المكاتب اي في الحال لانه اي ملك المكاسب وفي بعض
النسخ لانها اي المكاسب ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا اي لا حاجة الى الاداء منه اذا
كان البدل عينا معينا للغير لان العقد لم ينعقد اذا كان البدل عينا للغير فلم يحتج الى الاداء
منه لان الاحتياج اليه عند صحة العقد وفي جامع ابي اليسر الكتابة على شيء بعينه لغيره فاسد
لانه لا يفيد ما هو المقصود بالعقد لان مقصوده صيرورة العبد احق بمكاسبه فلا ينعقد العقد
اذ كل عقد لا يفيد مقصوده لا ينعقد **قوله** والمسئلة فيما اي هذه المسئلة التي كلامنا فيها
مصورة فيما اذا كان البدل عينا معينا للغير وقيدنا بقوله معينا بعد قوله عينا احترازا
عن الدراهم والدنانير المعينة فانها وان عينت لا تتعين عندنا **قوله** وهكذا عن ابي يوسف
رواه الحسن بن مالك عن ابي يوسف وهو قول زفر ذكره في اختلاف زفر ويعقوب وروى
اصحاب الاملاء عنه انه يعتق بالاداء اجازه المولى ذلك او لم يجز لان العقد ينعقد الى اخره وجه
قول ابي حنيفة ان ملك الغير لا يصير بدلا في هذا العقد بتسميته لانه غير مقدور التسليم له
فلم ينعقد العقد اصلا وانما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط فاذا لم يصرح بالتعليق لا
يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة **قوله** على عين في يد المكاتب بان كان مأذونا في التجارة
ففيه روايتان والمراد عين معين سوى الدراهم والدنانير فانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في
يد العبد من كسبه يجوز الكتابة باتفاق الروايات ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه وفي الذخيرة
فيه روايتان في رواية كتاب الشرب من الاصل يجوز وفي رواية كتاب المكاتب في الاصل لا يجوز
وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وهي ما ذكر قبيل بقوله وان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز وعن
ابي حنيفة رواه الحسن يجوز وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي وانما احاله ولم يورده
لانه يصير مطولا لا غاية التطويل والوجهان مذكوران في الذخيرة سماهما فقال وجه رواية عدم
الجواز انا متى جوزنا الكتابة على لا يخلو اما ان يجعل العبد احق بهذا العين او لا فان لم يجعل لم يجز
الكتابة لبقاء العين في ملك المولى رقبة ويدا فلم يستفد المولى بهذا العقد شيئا لا ملك التصرف ولا
ملك الرقبة فصار كما لو اشترى من مأذونه شيئا ولا دين عليه فلا يجوز فكذا هذا ولو جعلنا العبد
احق به لا يجوز ايضا لانه لا يتحقق معنى الكتابة لان تفسير الكتابة شرعا ايجاب الحريتين على سبيل
التعاقب حرية الرقبة مرتبا على حرية اليد ولو جوزنا هذه الكتابة حصل الحريتان لا على سبيل التعاقب
فيكون اعتاقا على مال ولا يكون كتابة بخلاف ما لو كاتبه على الدراهم والدنانير فانا لو جعلنا العبد
احق بها معنى الكتابة لان العقد لا يتعلق بعينها بل بمثلها في الذمة لما ذكرنا انها لا تتعين في المعاوضات وما
يثبت في ذمته يملكه المولى على الحقيقة بالقبض لتوقف الملك في الدين على القبض فيتحقق معنى الكتابة ووجه
الجواز انه كاتبه على بدل معلوم مقدور التسليم فيجوز كما يجوز لو كان في يده دراهم او دنانير وصيرورة
العبد احق بها مقصد الكتابة فايدته واما قوله ان الكتابة على العين لا يجوز لانه يثبت الحريتان معا فيكون
اعتاقا على مال لا كتابة فقلنا انما صار هكذا ان لو جعلنا بدل الكتابة رقبة العوض ونحن لا نجعل كذلك
بل نجعل بدلها ملك التصرف في العوض وملك التصرف يصلح عوضا الا ترى ان رب المال لو اشترى
من مال المضاربة من المضارب ولا ربح يصح الشراء باعتبار ملك اليد والتصرف فكذا ههنا
تصحيحا للعقد بقدر الامكان فعلى هذا التقدير يثبت للمولى ملك التصرف بعد العتق ويثبت للمكاتب

حرية اليد بنفس العقد وحرية الرقبة بعد ما يثبت ملك الرقبة للمولى بالقبض فيثبت الحريتان على
التعاقب **قوله** على عبد بغير عينه قيد به اذ لو كان العبد معينا يجوز بالاتفاق ولجواز بيع المعين
بالاتفاق فكذا استثناؤه ذكره في المختلف وعند الائمة الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لانه شرط
فاسد او صفقة في صفقة **قوله** وهو الاصل اي ان كل ما يصلح بدلا في المعاوضات
يصلح استثناؤه والعبد يصلح بدل الكتابة فيجب ان يصح استثناؤه من بدل الكتابة وهما يسلمان هذا
هذا الاصل ولكن يقولان ان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورد فساد العقد وههنا الاستثناء
لا يصح لان استثناء العبد من الدنانير لا يصح لاختلاف الجنس واستثناء العبد من الدنانير انما يصح بحسب
قيمته لا بحسب نفس العبد وقيمة العبد لا يصح بدل الكتابة بل به يفسد الكتابة على ما مر فكذا لا
يصح استثناؤه والفرق ظاهر بين العبد وقيمته فان الكتابة على العبد يصح وينصرف الى الوسط
كما في النكاح والكتابة على قيمته فاسدة كما لو سمى في النكاح قيمة العبد لا يصح التسمية ويصار
الى مهر المثل لان الجهالة في العبد جهالة في الوصف لا في القدر بخلاف الجهالة في القيمة لانها
متفاحشة من حيث القدر والجنس والوصف فيفسد بها العقد **قوله** ومعناه ان يبين الجنس
كالعبد والفرس ولا يبين النوع كالتركي والهندي والصفة بانه جيد او ردي وينصرف الى الوسط
فيجوز العقد به وبقولنا قال مالك **قوله** وقال الشافعي لا يجوز وبه قال احمد لانه
مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بان كاتبه على دابة او دار او ثوب وصار كالبيع والجامع انها لا
تصح الا بتسمية البدل وكانت معاوضة كالبيع ولنا ما روي عن ابن عمر انه اجاز الكتابة على الوصفاء
ولان مبنى الكتابة على المسامحة والمساهلة فلا يفسد بالجهالة اليسيرة في البدل كالجهالة في الاجل
فانه لو كاتبه على الف الى العطاء او الى الحصاد او الى الدياس ونحو ذلك يجوز استحسانا لا قياسا
بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه وعقد الكتابة
في الابتداء معاوضة مال بغير مال لان البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال وفي الانتهاء
وان كانت معاوضة مال بمال لانه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه اذ العبد
لا يملك مالكيه نفسه فشابه النكاح ومثل هذه الجهالة لا يمنع صحة التسمية في النكاح فكذلك في الكتابة
كذا في المبسوط والحاصل ان جهالة البدل اذا كانت جهالة جنس منعت صحة التسمية في العقود كلها
سواء كانت مبادلة مال بمال او مال بغير مال واذا كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية في معاوضة
مال بمال لا في معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والكتابة واشباهها وانما جعل العبد ههنا
جنسا واحدا وفي الوكالة اجناسا مختلفة لان العبد في انواعه بسبب فحش التفاوت بمنزلة اجناس
مختلفة ولكن في ماهية اسم العبد وفي حق ما يطلب منه من المنفعة واحد ثم في معاوضة المال
بالمال يجري المضايقة والمماكسة فيجعل كالاجناس لكون العمل بالاحوط الامرين وفي معاوضة مال
بما ليس بمال يجري المسامحة والمساهلة فالحق بالجنس عملا بما هو موضوعه من المساهلة **قوله**
وينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوصية والنكاح لما ان الوسط بين الجيد والردي
فيكون نظرا للجانبين ثم الوسط عند ابي حنيفة في العبد الذي قيمته اربعون درهما وعندهما
على قدر غلاء السعر ورخصه ولا نظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد
عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب **قوله** وايهما اسلم اي من المولى
والعبد فللمولى قيمة الخمر وعند الشافعي يفسد الكتابة وبه قال مالك واحمد ومحمد في رواية عنه لانه
يمكنه تسليم البدل فصار كانه عجز نفسه فان وجد بعد ذلك القبض لم يعتق لانه لا اثر للكتابة الفاسدة

بعد الفسخ والابطال وصار كما لو اشترى ذمي من ذمي عبدا بخمر ثم اسلم احدهما قبل القبض يفسد
البيع فكذا هنا وقلنا العقد انعقد صحيحا ووقع العجز عن تسليم البدل فيجب تسليم قيمته لقيام
القيمة اذ القيمة تصلح بدلا في الجملة في الكتابة فانه اذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على
قيمة الوصيف في الحقيقة فمتى جاز ان ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتدا جاز ان يبقى على القيمة بخلاف
شرا الذمي عبدا بخمر من ذمي حيث يفسد البيع باسلام احدهما قبل القبض لانه لا يمكن ان يبقى البيع
على القيمة لعدم انعقاده ابتدا على القيمة فلا يمكن ابقاوه عليها وقيد بقوله على ما قاله البعض لانه
ذكر بعض المشايخ ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية
في البيع **قوله** واذا قبضها اي قيمة الخمر عتق وبه صرح الامام قاضي خان وغيره في شرح
الجامع الصغير **قوله** ولو اداها اي الخمر اي ادى العبد المسلم الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة
تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فادى الخمر فانه يعتق
كذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين والرازي ونجم الدين الافطس ورضي الدين النيسابوري
ولكن ذكر في شرح الجامع الصغير وشرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى لا يعتق ولو ادى القيمة
يعتق لان الكتابة انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتدا
وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاوه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاوه صحيحا دليل
على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا
كذلك واذا بقيت بدلا يعتق باداها وذكر التمرتاشي ثمة وقع العقد فاسدا فيكون البدل
فيه القيمة فيعتق باداها ويعتق بالشروط صورة ثمة وقع العقد فاسدا **قوله** وقد
مناه من قبل يسنده الى ما ذكر دون النص هو قوله فان ادى الخمر يعتق وقال زفر لا يعتق ه

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب **قوله** ويجوز
للمكاتب البيع والشرا ولا خلاف فيه وفي السفر خلاف مالك والشافعي في قول وقد بيناه من قبل
قوله البيع بالمحاباة وقالت الائمة الثلاثة لا يملك البيع بالمحاباة لانه تبرع كالهبة والعتق
وقلنا هو من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي اظهارا للمسامحة استجلابا لقلوب الناس اليه وربما
يحابي في صفقة ليربح في اخرى **قوله** ان لا يخرج من الكوفة وكذا ان لا يخرج من المصر والتقييد
بالكوفة باعتبار ان وضع المسئلة فيه فله ان يخرج استحسانا وبه قال الشافعي في قول واحمد وعند
مالك والشافعي في قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط فبالشرط اولى وهو القياس لثبوت
ولايته من جهة المولى وقلنا هذا شرط يخالف لمقتضى العقد فيبطل الشرط وهذا لان موجب
العقد مالكية اليد والاختصاص بنفسه ومنافعه فيثبت له حق الخروج الى حيث اراد ليتمكن
من ابتغا المال وذا بالضرب في الارض قال تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل
الله وكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فكان باطلا **فان قيل**
الشرط الذي يخالف مقتضى العقد يوجب فساد العقد على ما مر في البيوع **قلنا** هذا تعليل
لبيان فساد الشرط في نفسه وهذا الشرط ليس بمتمكن في صلب العقد فلا يفسده واليه
اشار بقوله وصح العقد الى اخره **قوله** وهذا اي كون الشرط متمكنا في صلب العقد
يفسد الكتابة لا الشرط الذي لا يتمكن في صلبه لان الكتابة تشبه الى البيع من حيث انها تحتمل
الفسخ بعد تمامه المعقود بالاداء فيو فرحظهما فلشبهها بالبيع يبطل بالشرط اذا تمكن في صلب

العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة بان قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا لانه في البدل
فلشبهها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلب العقد **قوله** وهذا هو
الاصل اي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المقابلين وفي الذخيره لو كاتبه على خدمته
شهرا في القياس لا يجوز لجهالة جنس الخدمة فان الخدمة قد تكون في البيت وقد تكون خارج
البيت وعن هذا قال مشايخنا ذكر القياس في الكتابة يكون ذكرا في الاجارة يعني ان هناك
لا يجوز ايضا وفي الاستحسان يجوز لان اعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس عرفا والمعروف كالمشروط
ولهذا جازت الاجاره وان لم يبين نوع الخدمة وعند الشافعي واحمد لا يجوز لان الخدمة بمنزلة العوض
الحال والكتابة الحالة لا تجوز عندهما اما لو قال كاتبتك على خدمتك شهرا او دينار بعد الشهر
بيوم او يومين يصح عندهما **قوله** لانه اي عقد الكتابة اسقاط الملك وفك الحجر
والطلاق ايد بمنزلة الاعتاق **قوله** لا يزوج الى اخره ولا خلاف فيه للائمة الثلاثة وقال
ابن ابي ليلى شرط عليه ان لا يتزوج الا باذنه لم يتزوج بغير اذنه وان لم يشترط ذلك جاز له التزوج
بغير اذنه لتملكه منافع نفسه **قوله** والتزوج ليس وسيلة اليه اي الى المقصود لان التزوج
ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة وحكم المالكية انما ثبت له ليتمكن من اداء بدل
الكتابة وكل عقد لا يوصله اليه لا يثبت له حكم المالكية فيه بل يكون كالقن فيه كذا في المبسوط
المجاهز عند العامة الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر
المتاع وسافر به كذا في المغرب **قوله** ولا يتكفل سواء كان بامر المكفول عنه او بغير امره وسواء
كان باذن مولاه او بغير اذنه وحكم كفالته في الحال ككفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد العتق
لا في الحال لان كل اي من الكفالة بالنفس والمال وبالامر وبغير الامر تبرع اما بغير الامر
فظاهر وكذا بالامر لان الكفيل عند الاداء كالمقرض للمكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة
وكذا الكفالة بالنفس التزام فعل وهو تسليم النفس في ذمته ولا يتعلق بها مال وكان متبرعا
فيما هو خالص حقه فيجوز لانا نقول الكفالة متى صحت فلا يتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم
النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز عن الكسب فيتصل ضرر هذا بكسبه وكان بمنزلة الكفالة
بالمال فلا يجوز سواء كان باذن المولى او بغير اذنه لانه لا يملك المولى في منافعه ومكاسبه فوجود
اذنه فيما هو تبرع كعدمه كذا في المبسوطين **قوله** لا يقرض اي لا يجوز له الاقراض حتى
لو اقرض لا يطيب للمستقرض اكله الا انه يكون مضمونا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز كما يقول في
قرض الاعيان لانه لا يطيب للمستقرض اكله ويكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه يجوز لانه
ملكه بالقرض الفاسد كذا في بعض الشروح للمبسوط وكذا لا يجوز ان يهب بالعوض وغيره لانه تبرع
ابتدا فالحاصل ان المكاتب لا يملك التبرع ولا خلاف للائمة الثلاثة فيه **قوله** ولو زوج
امته جاز ولا نعلم فيه خلافا وكذا له ان يوكل بتزويجها لانه من باب الاكتساب للمال بخلاف ما لو
زوج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز فعلى هذا التعليل ينبغي ان يجوز لانه من باب الاكتساب لكن لا
يجوز لما ان رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد بها بالتزويج ولان فيه
تعييب رقبتها اذ النكاح عيب فيها وربما يعجز فيبقى هذا العيب في ملك المولى كذا في المبسوط وفيه
فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يملك المكاتب تزويج ابنته ومع ذلك لا يملك **قلنا** نعم لكن
ابنته مملوكة لمولاه وامته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجز وحاضت ابنته
حيضة لا يجب على المولى استبراؤها جديدا ويلزمه في امته ومكاتبته ولو زوج المالك مكاتبته

امته سعد من عبده فعن ابي يوسف يجوز لان فيه اكتساب الولد من غير ضرر يلحقه لان المهر لا
يجب على المولى ونفقتها كانت عليه قبل النكاح وفي ظاهر الرواية لا يجوز لما ان الداخل تحت الكتابة
تجارة واكتساب مال وتزويج العبد امته ليس باكتساب مال في الحال وفيه نوع ضرر لانه ربما
يمنع الامة فلا يبطل النكاح فيجب على العبد نفقتها وهي امة العبد كذا في الذخيره **قوله** وهو
اي القياس قول زفر والشافعي وبه قال احمد وقول ملك والقاضي الحنبلي واصحاب الظاهر كقولنا **قوله**
لانه يوجب اي لان الاعتاق على مال فوق الكتابة لان الكتابة معاوضة حتى يقال وتفسخ ولا يعتق في
الحال اما في الاعتاق على مال يعتق في الحال بنفس قبول المال من غير توقف الى اداء المال فلا
يقبل الاقالة والفسخ وهذا غير ثابت للمكاتب ففي تجويزه اثبات امر للمكاتب فوق ما هو حاله
وذلك لا يجوز وكذا لا يملك تعليق عتق عبده بلا خلاف بان قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر
لانه تعليق عتق بالشرط مقصودا وهذا غير ثابت للمكاتب مقصودا وانما ثبت له ضمنا لثبوت
فك الحجر عن الاكتساب بالكتابة فلا يملك الكتابة لغيره مقصودا ولهذا لا يملك ان يكاتب ولده
ووالديه لانهم دخلوا في كتابته تبعا حكما لا يملك كتابته نفسه لا يملك كتابتهم كذا في المبسوط والذخيره
قوله لان له فيه نوع ملك اي لان للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق
اليه اي الى المولى في الجملة لان مكاتب الثاني مكاتب للمولى بواسطة المكاتب الاعلى فالحكم كما يضاف
الى العلة يضاف الى علة العلة عند تعذر الاضافة الى العلة وفي الذخيره لما صار المولى مكاتبا
للاعلى صار مكاتبا للثاني من وجه لان لكل واحد منهما حق الملك في كسب المكاتب بالكتابة
داخل تحت كتابته الاولى فيكون حاصله باذن المولى فقد رضا للمولى حق الملك في كسبه فيصير
منقولا الى المولى فيصير المولى مكاتبا له من وجه الا ان حق المكاتب في كسبه ارجح من حق المولى
فاذا امكن اثبات الولا لهما كان اثبات الولا من المكاتب اولى لرجحان حقه واذا لم يكن
المكاتب اهلا للولاء اثبتناه من المولى وفي المبسوط ويصح اضافة الاعتاق الى المولى في الجملة
فيقال مولى زيد ومعتق زيد بطريق المجاز وان كان معتق معتقه **قوله** لا ينتقل الولا
اليه اي الى المكاتب لان المولى معتق مباشرة من وجه كما بينا بخلاف جر الولا فان ثمه مولى الجارية
ليس معتق للولد مباشرة ولكن تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب
الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زالت الضرورة
فينتقل الولا الى قوم الاب البداسار في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** ويعيب له اي للعبد ولهذا
لو اشترى عبدا فوجده ذا زوجة يتمكن من الرد بالعيب كذا في الاوضح و **قوله** على ما مر اشارة
الى قوله وان زوج امته جاز الى اخره ولو عتق عبده واجاز التزويج لا يجوز لان الاجازة لا تلحق عقدا
باطلا اذ تزويج المكاتب عبده باطل غير موقوف لانه لا مجيز له وكذا لو زوجه الوكيل بعد عتقه
يتوقف على اجازته لان توكيله به وقع باطلا ولو قال بعد العتق اجزت ذلك الوكالة يكون هذا
توكيلا ابتداء وينعقد بلفظ الاجازة ابتداء كما لو قال اجزت لك ان تطلق امراتي او وصيت يكون
توكيلا بخلاف التزويج لا ينعقد بلفظ الاجارة ابتدا **قوله** والاب والوصي الى اخره
وبقولنا قال ملك واحمد وعند احمد يجوز اعتاقهما على مال ايضا وقال الشافعي لا يملك ان
كالمكاتب شيا من ذلك لما ذكرنا وقلنا في كتابتهما وتزويجهما امة اليتيم نظر لليتيم فيجوز اما
في التزويج فلانه يستفاد به المهر والنفقة واما في الكتابة فلوصول البدل اليه قبل زوال
ملكه عنه ويسقط نفقته عنه في الحال فكان انظر من البيع لانه بالبيع يزول ملكه قبل وصول

البدل

البدل اليه كذا في المبسوط وهذا بخلاف ما لو كانت الوصي عبدا من التركة والورثة صغار
وفي التركة دين لا يجوز ولو باعه بدون حضور الغرما يجوز وان كانت الورثة صغارا اذا
كان الدين غير مستغرق ذكره في وصايا المبسوط لانا لو صححنا كتابة الوصي فلا يخلو اما ان
تصح لاجل الغريم او اليتيم او الميت وكل ذلك لا يصح فلا تصح كتابته وذلك لان حق الغريم
مقدم وما لم يصل اليه حقه لا يسلم شي من التركة الى الوارث فلا يمكن تصحيحه للغريم اذ ليس
للوصي عليه ولاية ولا لليتيم لانه لا يسلم له شي الا بعد قضا الدين ولا للميت لان حقه في تفريغ ذمته
ويتاخر ذلك بكتابته فلم تجز بخلاف البيع فان المالية باقية كما كانت في حق الغريم وحق الغريم في مالية
التركة لا في عينها الا ان يستوفي الغريم حقه من بقية التركة فحينئذ ينفذ كتابته لان المانع قد
زال وكذا اذا كان لم يكن الدين وصيه لانه لا ولاية للوصي على الموصى له اليه اشار في المبسوط
قوله وهي على هذا الخلاف المضارب والمفاوض قيل لفظ المفاوض هنا سهو من الكاتب
لما ان المفاوض كالمكاتب فانه ذكر في شرح الجامع والمبسوط وغيرهما كل ما يملكه المكاتب والوصي
والجد وامين القاضي في مال اليتيم والمفاوض في مال المفاوضه **قوله** هو اي ابو يوسف
قاسه اي الماذون على المكاتب واعتبره اي التصرف المذكور وهو التزويج بالاجارة يعني لهؤلا
ولاية الاجارة فكذا ولاية التزويج واستعمل لفظ القياس في العين وهما الماذون والمكاتب
ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهره اذ كل
منهما فك الحجر والطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة
بينهما من حيث الفعلية لان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان المنفعة حكم المال الا
ترى ان الحيوان لا يجب دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يجب بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع
فكان استعمال لفظ الاعتبار اليق كذا قيل **قوله** وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لان
التجارة مبادلة المال بالمال وتزويج الامة ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال وتزويج
الامة ليس كذلك اذ البضع ليس بمال حقيقة فصار شبيها بالكتابة فلا يملكه الماذون والمضارب وشريك
العنان اما المكاتب يملك الاكتساب والاكتساب ما يوصل الى المال وتزويج الامة يوصل الى المهر والنفقة
فكان اكتسابا وانما كان هكذا لان المكاتب ملحق بالاحرار في استبداد التصرف واكتساب نفسه وفي
جامع قاضي خان والمحبوبي الاصل في هذا ان كل من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج
الامة في حق الغير كالاب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وامين القاضي وكل من
كان تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب وشريك العنان والماذون لا يملك تزويج الامة عندهما
خلافا لابي يوسف ولانه اي تزويج الامة **قوله** ادخل اي الاجارة لما ذكرنا ان المنفعة في
الاجارة في حكم المال ولهذا يصلح مهرا في النكاح وابتغا النكاح شرع بالمال **قوله** كلهم اي
المكاتب والماذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال ولا
من التجارة وقال ابو الخطاب الحنبلي يجوز للمكاتب تزويج عبده لانه تصرف في رقبته بما فيه المصلحة
فيجوز كختان العبد ولنا ما ذكرنا ان في تزويجه ضررا ونقصا في القيمة وليس من جهات المكاسب

فصل لما ذكر مسائل من يدخل في الكتابة اصلا شرع في بيان من يدخل تبعا
قوله دخل في كتابته وكذا لو اشترى امه وهو لا يدخلون في كتابته تبعا له حتى يردون الى
الرق بعجزه فلو كان كتابتهم بطريق الاصالة لبقيت كتابتهم بعد عجزه وليس كذلك فلذلك قال دخل
ولم يقل صار مكاتبا ثم شراوه ذوي ارحامه يجوز عندنا وعند الشافعي وملك واحمد لا يجوز

لانه تصرف تبرع كالاعتاق وعند اصحاب الظاهر لو ملك قريبه يعتق عليه كما في الحر لاطلاق
النصوص وقال القاضي الحنبلي يجوز لانه تصرف لا ضرر فيه على السيد فانهم يعتقون بعتقه
ويرزقون برزقه اما لو اشترى قريبه باذن السيد ففي صحته للشافعي قولان وعن ابي اسحق المروزي
من اصحابه القطع بالصحة وعند احمد يجوز ثم على قول الصحة يكاتب عليه ثم في كل تصرف لا
يجوز للمكاتب فاذا فعله باذن السيد للشافعي فيه قولان في قول يجوز وبه قال احمد ومالك **قوله**
لانه اي المكاتب من اهل ان يكاتب كالحر اهل للتحرير فاذا اشتراها الحر يعتقان عليه فكذا
المكاتب اذا اشتراهما يكاتبان عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان ثم الابوي في الدخول تبعا في
الكتابة الولد المولود في كتابته لانه جمع فيه الملك والبعضية حكما في حق العبد حقيقة في حق
العقد حتى يحرم بيعه ويسلم منه بدل الكتابة بعد موت ابيه على نجوم ابيه ثم الولد المشترى لان
فيه الملك والبعضية حكما في حق العبد حتى يحرم بيعه ويسلم منه البدل حالا بعد موت الاب
لانه بعد الانفصال لا بعضية بينهما ثم الوالدان لان فيهما الملك لا البعضية فانهما ليسا ببعض
للولد فلهذا انحطت تبعيتهما عن تبعية ولد المشترى فيحرم بيعهما حال حياته ولا يقبل بدل الكتابة
بعد موته لا حالا ولا منجما اليه اشار في الذخيرة ثم المولى اذا اعتق الولد المشترى لم يسقط حصته
من بدل الكتابة وينبغي ان يسقط لدخوله في الكتابة كما اذا كاتب عبده مع اولاده الصغار ثم اعتق
المولى احد الاولاد لما ان دخوله ضمنا لا قصدا فلا يكون العقد مضافا اليه بخلاف ما لو كاتب
الاولاد مع ابيهم قصدا فان العقد مضاف اليهم وان كان القابل هو الاب فيكون لهم حصة من
البدل فيسقط حصة الولد بعتقه وقالا اي ابو يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة يدخل
قوله وله اي لابي حنيفة ان للمكاتب كسبا لا ملكا لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لا
يفسد نكاح امراته لو اشتراها ويحل الصدقة له وان اصاب كسبا ولا يملك الهبة كذا في
الاسرار غير ان الكسب يكفي للصلة مع ان القدرة على الكسب موجبة للصلة في الولاد حتى يجب
النفقة للوالد والولد على القادر على الكسب وان لم يكن موسرا ولا يكفي لغيرها اي لغير الولاد
حتى لا يجب نفقة الاخ وان كان قادرا على الكسب اذا لم يكن موسرا والدخول في الكتابة بطريق
الصلة يختص بموضع وجوب الصلة **قوله** ولان هذه اي قرابة الاخوة قرابة توسطت
يعني الاخ نسبة بني الاعمام في حق الزكاة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص ونسبة
الولاد في حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا فالحقناها في الثاني اي الولاد
في العتق وبالاول وهو بنوا الاعمام في الكتابة توفيرا للشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه اولى
من العكس لان العقد اسرع نفوذا الى اخره يعني لو قلنا يتكاتب اخيه عليه اذا اشتراه وجب
علينا ايضا ان نقول اذا ملك الحر اخاه يعتق عليه ايضا حينئذ يلزم الغاء العمل بسبه قرابة بني الاعمام
فلا يبقى حينئذ قرابة الاخوة متوسطة بين القرابتين وفي الذخيرة علة صيرورة حال المملوك كحال المالك
شيئان الملك والقرابة المحرمة النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم عتق عليه فقد جعلت
العلة القرابة المحرمة والملك وفي المكاتب اذا اشترى ابنه او والده وجدت القرابة المحرمة وحقيقة
الملك ايضا حكما لانه انضم الى حق الملك الولاد وللولاد زيادة تاثير في ايجاب الصلة باعتبار وجوب الصلة
بمجرد القدرة على الكسب ويستحق عند اختلاف الدين واذا انضم الى حق الملك ما له زيادة اثر في ايجاب
الصلة التحق بالحقيقة ومن حكم حقيقة الملك صيرورة المملوك بمثل حال المالك اما اذا كان المشترى
اخاه لم يوجد حقيقة الملك لا حقيقة ولا حكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لم ينضم الى حقيقة الملك

ما له اثر في ايجاب زيادة الصلة فلم يلحق بالحقيقة بقي مجرد الحق مع القرابة المحرمة وانه ليس
بعلة تامة لصيرورة المشترى بمثل حال المشترى **قوله** اذا اشترى ام ولده اي ومعها
ولده منها الاصل في هذا ان المكاتب اذا اشترى امراته لا يبطل نكاحهما لعدم الملك حقيقة في
رقبتها وله ملك اليد وملك اليد لا يبطل النكاح وله ان يبيعها لان النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة
فلا يمتنع البيع بسببه وكذا المكاتبة يشترى زوجها وله ان يطاها بالنكاح لانها لم يملك رقبته
حقيقة ثم ان امراة المكاتب ان ولدت قبل الشرا ثم ملكها المكاتب بوجه من الوجوه فان كان
ولدها معها لم يجز بيعها اجماعا لانها تبع للولد الى اخر ما ذكر في الكتاب وفي المبسوط ولم يدخل
الام في كتابته حتى لا يعتق بعتقه وان لم يكن معها ولده وقت الشرا اي اشترى ام ولده ولم يشتر
ولدها معها لم يجز بيعها عندهما كما في الاول وعند ابي حنيفة يجوز لان كسب المكاتب موقوف اي
متردد بين ان يودي المكاتب البدل فيعتق وما فضل من البدل له وبين ان يعجز فيعود هو وماله
للمولى ولهذا لا يفسد نكاح امراة بشراها ولا يصح تبرعاته فعلم انه لا ملك له فلا يتعلق به اي بكسبه
ما لا يحتمل الفسخ وهو الاستيلاد اذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاد محتملا
للفسخ وكلاهما لا يجوز وفي شرح الاقطع حق الاستيلاد مما لا يلحقه الفسخ وما للمكاتب موقوف
فلم يجز ان يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ لما بينا اشارة الى قوله لانه من اهل ان يكاتب **قوله**
وان لم يكن من اهل العتق **فان قيل** قد ذكر في الاصول وغيره من فتاوى قاضي خان والمغني
ان المكاتب لا يملك التسري ولا وطي امته وبه قالت الائمة الثلاثة فكيف يتحقق له ولد من امته **قلنا**
نعم الا ان له في ملك مكاتبه يد بمنزلة الحر وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وان لم يحل وطيه
كما في الجارية المشتركة وجارية الابن اذا وطيها الاب وادعى الولد ثم الولد يدخل في كتابته عند الائمة
الثلاثة وعند اصحاب الظاهر ولده من جاريته حر وهل يصير الامة ام ولد له للشافعي فيه قولان
احدهما انها تصير ام ولد له وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد والثاني لا تصير ام ولد له
وبه قال ابو حنيفة ومالك وهو رواية عن احمد فلا يسقط بالدعوة اختصاصه اي اختصاص
المكاتب بكسبه **قوله** وكذلك ولد المكاتبة اي من زوجها او زنا يدخل في كتابتها وبه قالت
الائمة الثلاثة لان الصفات الحكمية في الامهات تسري الى الاولاد كالتدبير والاستيلاد وقال
الشافعي في قول ان الولد ملك للمولى يتصرف فيه كيف شا لان الكتابة عقد يقبل الفسخ فلا تثبت
حكمه في الولد كما ان ولد المرهونة لا يكون مرهونا ثم قوله في الكتاب موكدا يسري الى الولد
احترازا عن ولد الابقة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لان امتناع البيع في الابقة غير موكد
فلا يسري الى الولد لان الاباق لا يبقى دائما كالاعتاق وبيعه والرهن والاسلام فلا يكون
موكدا وكذا يقع احترازا عن ولد المستاجرة والجانية فانها لا يجوز بيعها مطلقا بل مقرونا بشيء
لكنها غير موكد لما قلنا فلا يسري الى الولد وعن هذا قالوا الاوصاف القارة الشرعية في الامهات يسري
الى الاولاد واحترز بالقارة عن هذه الاوصاف الخلقية كالسواد والبياض والحمرة والصفرة
قوله دخل في كتابتهما وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وهو الاصح بدليل قوله وكان كسبه
لها ووجه الاول ان في الدخول تبعها ولكن في اداء الكسب تبع امه لزيادة وجود دلالة
السعيد في حقها **فان قيل** ذكر في المبسوط لو قتل الابن فالقاتل فقيمته للابوين جميعا ولا يختص
بها الام فينبغي ان يكون في مسالتنا كذلك **قلنا** تلك المسالة مصورة فيما اذا قبل الابوان
الكتابة عليه وحالهما في ذلك سواء لا ولاية لها عليه ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى لان الولد

مكاتبا بقبولها فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى نفيه رقبته فلابد ان يوجد القيمة عنه فيكون
للابوين لانهما كانا يستحقان عليه في حياته وكانا احق بحضانته اما الولد المولود في الكتابة فان
ثبوت الكتابة ههنا بطريق التبعية وجانب الام مترجح في ذلك لانه جزء منها حقيقة وههنا ثبوت
الكتابة بالقبول وهما في القبول سوا كذا في المبسوط وفي الكافي لو قتل المولود في الكتابة تكون قيمته
للام ككسبه وبه قال الشافعي في قول احمد وملك وفي قول للسيد لانه لا يدخل الولد في كتابتها
في قول فيكون قنا للسيد يبيعه ويعتقه **قوله** وقال محمد اولادها احرار بالقيمة وبه قال
زفر والشافعي في قول ومالك واحمد ثم على قول محمد ان كان التزوج من هولاء اعني العبد والمكاتب
والمدبر باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد
والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على العبد بسبب ما دون فيه يوخذ به بعد العتق هذا اذا
غرته المراة او غيرها بان زوجها الغير على انها حرة فالاب يرجع بقيمته على الزوج في الحال وان
كان المزوج الغار عبدا او مدبرا او مكاتبا لا رجوع عليهم في الحال بل بعد عتقهم اما اذا اراد الرجل
ان يتزوج امراة فاخبر رجل انها حرة ولم يزوجها اياه او تزوجها رجل على ظن انها حرة وما قالت
زوجني فاني حرة فانه لا يرجع على المخبر ولا على المراة ويرجع عليها بعد عتقها في صورة غرورها كضمان
الكفالة **قوله** فيكون رقيقا كما اذا كان عالما بحالها وهذا لان الاصل اي القياس ان الولد
يتبع الام في الرق والحرية الا انا تركناه باجماع الصحابة في ولد المغرور وهذا ليس في معنى ولد
المغرور لان الحكم ثمه حرية الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بايجاب قيمته في الحال وههنا
قيمته متاخرة الى زمان العتق لانه ضمان قول لا يقابله مال فصار نظير ضمان الكفالة فينقلب ضررا
محضا من جانب المستحق فبطل الالحاق بعني على الاصل وهو ان يكون الولد تابعا لها فلا يلحق اي
المكاتب به اي بالحر **قوله** بغير اذن المولى يتعلق بقوله وطي اي وطيها بغير اذن المولى اما
هو ماذون في تملكها بالشرا وغيره لانه مكاتب والمكاتب غير ممنوع عن شرا الجارية وغيرها ثم
التقييد بغير اذن المولى انما يظهر فايدته في حق اثبات هذا الحكم في اذن المولى بالطريق الاولى
لانه لما كان يواخذ بالعقر في حالة الكتابة في الوطي بغير اذن المولى لا يواخذ بالعقر في الكتابة بالوطي
باذن المولى بالطريق الاولى اما في الماذون يفترقان **قوله** وان وطيها بالنكاح اي بغير
اذن المولى بالنكاح وكذلك الماذون له قنا او مدبرا **قوله** وهذا العقر اي العقر الذي
وجب على المكاتب بسبب وطي المشتراة من توابع التجارة فانه لو وطيها قبل الشرا عليه الحد
فعلم ان العقر وجب بسبب الشرا فيكون ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه ايضا حكم ضمان
التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال كالهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة فانها من توابع التجارة
وان كانت تبرعا حقيقة كذا ذكره المحبوبي **فصل** لما كانت مسايل هذا الفصل
نوع اخر من جنس مسايل الفصل الاول فصلها بفصل **قوله** وصارت ام ولد سواء صدقته
المكاتبة في ذلك ام كذبته لان للمولى في رقبتها حقيقة الملك وللمكاتبة حق الملك فرجحت الحقيقة
على الحق فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد امة المكاتبة فان ثمه لا يثبت النسب الا
بتصديق المكاتبة لان للمولى حق الملك في اكسابها دون حقيقته فيحتاج الى التصديق كذا في مبسوط
شيخ الاسلام وهو حر اي الولد حر ولا نعلم فيه خلاف وما له نفع للام اي والذي له من الملك
في الجارية يكفي لصحة الاستيلاد احدث العقر من مولاها وبه قال الشافعي في قول واحمد
وملك و**قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله في فصل الكتابة الفاسدة انها صارت اخص

باحرآها

229

باحرآها **قوله** عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ولا خلاف فيه لانها التزمت
المال ليسلم لها رقبتها بجهة الكتابة ولم يسلم بهذه الجهة فلم يجب البدل **قوله** وما بقي ميراثا
لابنها وقال احمد ما في يدها للسيد وبه قال الشافعي لبطلان الكتابة فيكون عتقه بالاستيلاد
فلا يكون ما في يدها ميراثا لابنها وقال ملك من كان معه في كتابته من ورثته يودي ما بقي من كتابته ويرث
من ذكرنا ممن كان معه في الكتابة على قسمة الميراث ولا يرث منه وارث حر قال ابن حزم هذا قول
لم يعرف من احد وخلاف القران والسنة والمعقول **قوله** ولد اخر لم يلزمه وينبغي ان يلزمه
بدون الدعوة لان نسب ولد ام الولد يثبت بالسكوت لا بالنفي ولكن لا يثبت ههنا بالسكوت لان
ذلك في ام ولد لا يحرم وطيها اما التي وطيها محرمة باعتبار بقا الكتابة لا يلزمه نسب ولدها الا بالدعوة
وفي مبسوط فخر الاسلام هذا اذا مضت على الكتابة اما لو عجزت نفسها ولم يمض ثم ولدت فانه
يلزم المولى بدون الدعوة لحل وطيها حينئذ **قوله** واذا كاتب المولى ام ولده جاز والقياس
ان لا يجوز عند ابي حنيفة لعدم تقومها فكيف يوخذ بمقابلته بدل الكتابة لكن جوزه باعتبار
ان عقد الكتابة يرد على المملوك ليتوسل به الى ملك اليد والمكاسب في الحال والحرية في ثاني
الحال وحاجة ام الولد الى هذا كحاجة غيرها ذكره في المبسوط وقال ابن القاص من اصحاب
الشافعي لا يجوز كتابتها لان الشافعي قال اذا استولد المكاتبة صارت ام ولد بحالها وبه قال احمد
قوله ولا تنافي بينهما اي بين امومية الولد والكتابة فان المولى اذا استولد المكاتبة بقي
الكتابة حتى صارت مخيرة بين التعجيز والامضا على الكتابة عندنا ومالك واحمد وعند الشافعي يبطل
الكتابة **قوله** غير انه يسلم لها الاولاد والاكساب اي يعتق لها الاولاد ويخلص لها
الاكساب كما اذا اعتقها المولى في حال بقا الكتابة وذلك لان فسخ الكتابة في حق البدل للنظر
لها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاولاد والاكساب وهذا دفع شبهة ترد
وهي ان استتباع الاولاد في الحرية والرقية بالام انما يكون ان لو كانت الاولاد متصلة بالام حالة
الحرية والرقية وههنا الاولاد منفصلة عنها حال عتقها فكيف يعتق الاولاد بعتقها عند موتها
فاجاب عنها بهذا وقال عدم العتق للاولاد المنفصلة انما يكون اذا لم يكن الاولاد داخلة في كتابة
الام بطريق التبعية وههنا دخلت في كتابتها تبعا لها فلهذا اعتقوا بعتقها وبطل الكتابة بموتها في
حق سقوط البدل نظرا لها الى اخر ما ذكرنا اليه اشار في المبسوط وبه قال احمد في رواية وقال
في رواية ما في يدها لورثة سيدها وبه قال الشافعي وملك لبطلان الكتابة **قوله** ولو
ادت اي ام الولد المكاتبة بالنصب اي بدل الكتابة لانها اي الكتابة باقية وبه قال ملك واحمد وقال
الشافعي لا يعتق لبطلان الكتابة على ما ذكره ابن القاص **قوله** وان كانت مدبرة جاز ولا نعلم
فيه خلافا الا ما روي عن الشافعي ان التدبير وصية والكتابة رجوع عنها وانما وضع المسلة في المدبرة
لمناسبة ام الولد وان كانت هذه الاحكام في المدبر ايضا كذلك **قوله** ولا مال له غيرها
قيد به لانه لو كان له مال غيرها يخرج من الثلث يعتق وسقط عنها بدل الكتابة كما لو اعتقها ذكره
في المبسوط وقد مر ان المدبر يعتق من الثلث عند اكثر اهل العلم الا عند النخعي وابن جبير وداود **قوله**
بقي الثلثان عبدا اي على الرق وفي بعض النسخ رقيقا **قوله** صح لان في التخيير فايدة لجواز ان يكون
اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقل المالين اعسر لكونه حالا وان كان جنس المال متحدا
كذا في مبسوط فخر الاسلام **قوله** قابل البدل بالكل اي بكل المدبرة لانه اضاف العقد الى
كلها وهو محل قابل لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا وقد سلم لها ثلث نفسها كان يجب ان يسقط بقدره

من ثلث البدل وبه قال مالك **قوله** كما اذا اخر التدبير عن الكتابة يعني لو كاتب عبده
ولم دبره ثم مات ولا مال له سواه سقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاعتاق لانه عتق ثلثه بالتد
كذا فيما سبق التدبير كذا في المبسوط ولهذا لو عتق كلها بالتدبير بان كان يخرج من الثلث بطل كل
البدل فكذا اذا اعتق ثلثه عنه اعتبارا للبعض بالكل ولهذا لو ادى كل البدل في حياته يعتق كله
فلو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالاداء **قوله** لانها
اي المدبرة استحقت الحرية ظاهرا بالتدبير ولكن الاستحقاق غير مقرر لجواز ان يموت قبل المولى والمدبر
يخرج من الثلث بطل الكتابة وكذلك في ام الولد اذا مات المولى فقد تقرر استحقاقها جميع نفسها
فبطلت الكتابة فعلم ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وهو الثلثان وليس كما اذا ادى
في حياته لان استحقاق الثلث قد بطل وبطل التقدير الذي قلنا **قوله** وان دبر مكاتبه صح
ولا نعلم فيه خلافا لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت ايضا وكذا الحكم في تدبير
مكاتبته لكن ذكر لفظ التانيث لما ذكرنا من المناسبة و **قوله** لما بينا اشارة الى قوله تلقتها
حرية **قوله** لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك وبه قالت الائمة الثلاثة وفي الذخيرة
هذا فصل اختلف المشايخ فيه وهو ان المكاتب اذا اراد تعجيز نفسه وقال المولى لا اعجزك
هل تنفسخ الكتابة قال محمد بن سلمة اذا ابى المولى تعجيزه فله ذلك ولا تنفسخ الكتابة بتعجيزه قال
ابو بكر البلخي هذا خلاف ما ذكر اصحابنا في كتبهم فانهم قالوا للعبد ان يعجز نفسه **قوله**
بناء على ما ذكرنا وهو قوله اما الخيار فتفرع تجزي الاعتاق الى اخره اما المقدار وهو القول
بالتثليث سواء كان ذلك في بدل الكتابة او قيمتها على قول ابي حنيفة وكذلك على قولهما
قوله ووجهه ما بينا اشارة الى قوله لان البدل مقابل بالكل الى اخره **قوله** لكنه
اي عقد الكتابة وفي بعض النسخ لكنها اي الكتابة تنفسخ برضا العبد كما اذا باعه او اجره المولى
برضاه فانه يجوز وتنفسخ الكتابة وانزل الظاهر رضاه مقام الواقع حتى انفسخت
الكتابة وان لم يوجد منه الرضا حقيقة لانا نبقي الكتابة في حقه اي في حق الاكتساب بتاويل
المكسوب او المال نظرا للمكاتب وانما ذكر هذا دفعا لشبهة ترد على قوله مع سلامة الاكتساب
له وهي ان يقال ينبغي ان لا يسلم له الاكتساب ويجب ان يكون للمولى كما قالت الائمة الثلاثة
لان الاكتساب اكساب عبده كما لو عجز نفسه وعاد الى الرق والاكتساب في يده بجامع ان في
كل منهما انفساخ الكتابة فاجاب عنها بقوله لانا نبقي الكتابة في حق الاكتساب نظرا للمكاتب
كما ان انفساخ الكتابة في حق سقوط البدل نظرا له كذا في الذخيرة **قوله** وفي القياس
لا يجوز وبه قال الشافعي ومالك وفي الحلية وبه قال ابو يوسف وزفر لانه اعتياض عن
الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا **قوله** ولهذا لا يجوز مثله اي لو كان
له دين على الحر او مكاتب الغير موجلا فصالحه على بعضه معجلا لا يجوز بالاجماع فكذا هذا
وجه الاستحسان وبه قال احمد ان الفساد في الحر ومكاتب الغير لمكان الربا اذ الاجل
ليس بمال متقوم فلم يجز مقابلة الحط به وقد وجدنا سبيلا الى الاحتراز وهو ان يجعل ذلك
فسخا منهما للكتابة وتجديد العقد على خمسمائة حالة لان بدل ذلك في معنى المعقود عليه
الا ترى ان العجز عن ادائه يوجب حق الفسخ باعتبار الاضافة اليه بخلاف ثمن البيع ولان
الاجل في حق المكاتب له شبه بالاموال لان المكاتب لا يقدر على اداء البدل الا بالاجل فاعطي
له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه وليس بمال من وجه بدلالة انه لا يصلح نصابا

للزكاة ولا يوصف باللزوم حقيقة فاشبه الحقوق التي ليست بمال ولهذا لا يصح الكفالة به
وكان كل واحد منهما مالا من وجه فاعتدلا فلا يتحقق الربا فاما الدين الذي على الحر فيصلح نصابا
للزكاة ويوصف باللزوم حقيقة ويصح الكفالة به والاجل في حقه لا يشبه المال لانه قادر
بدونه فبطل الاعتياض ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما مر ان القياس ينفي هذا
العقد لان العبد وما في يده لمولاه ولكن بالنظر الى الاكساب ملك العبد يدا هو عقد ولانه
يمين من وجه فان فيه معنى اليمين في جانب اليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والربا يجري في
العقود من كل وجه كالبيع والاجارة والاجل ربا اي فضل من وجه دون وجه لكان
شبهة فكان شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وعقده مع الحر او مكاتب الغير عقد من وجه فكان
ربا الاجل شبهة فيعتبر **فان قيل** فلو كان عقد الكتابة عقدا من وجه كما ذكرتم ينبغي ان
يجوز بيع المولى من مكاتبه درهما بدرهمين وذا لا يجوز ذكره في المبسوط **قلنا** المكاتب
كالاجنبي من وجه فيجري بينهما صريح الربا دون شبهته لما ذكرنا كذا ذكره المحبوبي **قوله**
ولم يجز الورثة اي التاجيل لان المريض لم يتصرف في حق الورثة الا في حق التاجيل وكان
لهم ان يردوه اذ بتاجيل المال احر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون اجازتهم
كذا في المبسوط فانه اي العبد يؤدي ثلثي الالفين وهو الف وثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث
درهم لان له اي للمريض ان يترك الزيادة فله اي للمريض ان يؤخرها اي الزيادة لانه لما
جاز له ترك اصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الاولى الا ترى انه يجوز له ان
يكاتبه على قدر قيمته فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله وانما تعتبر من ماله الالف فلا
يصح في ذلك تاجيله في ثلثي الالف ويصح في الزيادة **قوله** حتى اجرى عليها اي على الزيادة
احكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس في المطالبة فانه
لو باع دارا قيمتها الف بالفين فالشفيع ياخذها بالفين وكذا لو باعها المشتري مرابحة
يبيعها بالفين ولو ادى المشتري الفا وما طل في الف للبايع ان يحبسه **قوله** والتاجيل
اسقاط معنى اي اسقاط حق الورثة معنى فيعتبر اي التاجيل في ثلث الجميع اي جميع البدل
لتعلق حقهم بجميع البدل وقد تبرع بتاجيله فلا يصح في قدر الثلثين منه و **قوله** لما بينا
من المعنى اشارة الى ما ذكر من الدليل في الطرفين وحاصله ان المحاباة في جميع الثمن وصية
من الثلث عندهما لان التاجيل تبرع من المريض من حيث ان الوارث يصير ممنوعا من المال بسبب
التاجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن ههنا بدل
الرقبة لجريان احكام الابدال من الاخذ بالشفعة الى اخر ما ذكرنا وعند محمد الاجل بمقدار ما يصح
من راس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث ولو كان على العكس بان كاتبه على الف وقيمته
الفان كما ذكر في المتن يؤدي ثلثي القيمة وهو الالف حالا او يرد رقيقا بالاتفاق لانه تبرع باسقاط
احدى الالفين وتاخير الالف الاخرى فيصح في الثلث ويبطل في الزيادة **باب**

من يكاتب على العبد

لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالاصل في الكتابة شرع في
بيان احكام تتعلق بالنائب فيها **قوله** واذا كاتب الحر عن عبد اي قبل الحر الاجنبي عقد الكتابة
عن العبد فضوليا وقيد بالحر للاحتراز عن المسئلة التي تليها **قوله** يعتق باداية اي باداء
الحر وذا يصح من غير قبول العبد صار مكاتبا خلافا للائمة الثلاثة اذ يبطل العقد ولا يتوقف
عندهم **قوله** لا يعتق باداية وهو قول الائمة الثلاثة وفي الاستحسان يعتق لان الكتابة

نافذ فيما ينفع العبد وهو ان يعتق عند ادا المشروط موقوفه فيما يرجع الى وجوب البدل
عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان وهذا بخلاف البيع فان في البيع يتوقف
على اجازه المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له لان المولى يملك ايجاب ما يثبت بعقد
الكتابه وهو العتق بغير رضاه والاجنبي ايضا يملك ايجاب الحريه للمكاتب باداء بدل الكتابه فيعتق
باداءيه فلذا اعتبر فعل الاجنبي فيما له دون فيما عليه اما في البيع القول بالنفاذ فيما يجب له
دون ما يجب عليه غير ممكن لانه معاوضة من كل وجه فيقتضي المساواه من الجانبين فلذلك
يوقف هنا فيما له وفيما عليه وقيل هذه اي تغير كلمة الشرط صوره مسلة الكتاب وقبل
المسله مصورة بصورة التعليق كما ذكر في المتن وفي جامع التمرتاشي لو قال العبد لا اقبله ثم
ادى القابل الالف لم يعتق لانه ارتد العتق برده كذا روي عن محمد وكذا لو قال في صوره مسلة
الكتاب كاتب عبدك عني بالف وكاتبه صح الكتابة ويقع العتق عن المامور في هذه الصورة
كلها بخلاف ما لو قال اعتق عبدك عني بالف فاعتقه فان هناك يقع العتق عن الامر والفرق
ان العتق اقوى من الملك حتى ان الملك يحتمل النقض بعد ثبوته والعتق لا يحتمل فامكن اثبات الملك
تبعا للعتق لان الاعلى يستتبع الادنى فاما الملك والكتابة فيستويان من حيث ان كل واحد منهما يحتمل
النقض بعد ثبوته ثم الملك يترجح عليه لانه يملك بحقيقه الملك من التصرف ما لا يملك بالكتابه
وكان الملك فوق الكتابه فتعذر اثباته تبعا للكتابه لان الادنى لا يستتبع الاعلى **قوله**
لانه متبرع ولا مضطر في ادايه وهل يرجع على المولى ويسترد منه ما اداه ان اداه بحكم الضمان
يسترده لان ضمانه كان باطلا وصورته ان يقول كاتب عبدك على الف على اني ضامن يرجع عليه
لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب فيكون اداؤه بالضمان الفاسد فيرجع الا ترى انه لو
ضمن المال في الكتابة الصحيحه فادى يرجع بما ادى عليه فهذا اولى وان اداه بغير ضمان لا يرجع
لانه متبرع فانه تبرع لتحصيل العتق وقد حصل فتم اداؤه فلا يرجع فلو ادى البعض له ان يرجع
سوا ادى بضمان او بغير ضمان فان ادى بضمان فلما مر وان ادى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل
غرضه وهو العتق فكان حكم الادا موقوفا فيرجع كمن تبرع باداء الثمن في البيع الموقوف كان له
ان يسترد من البايع اما لو ادى البعض بعد اجازة العبد لا يرجع لانه ثم حصل مقصود اخر وهو
براه ذمة العبد عن بعض البدل هذا اذا اراد ان يرجع على المولى قبل اجازه العبد فلو اراد
الرجوع بعد اجازه العبد فلو ادى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا وان ادى بغير الضمان لا يرجع
سوا ادى الكل او البعض لان اداه يكون مبريا ذمة المكاتب عن البدل فيحصل مقصوده فلا
يرجع هذا اذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على الف علي فان قال اعتقه بالف فهو على اربعة
اوجه اما ان قال اعتقه بالف ولم يزد عليه او قال عني بالف او قال اعتقه بالف علي او قال
اعتقه عن نفسك بالف علي ففي الاول لا يجب على الفضولي شي اذا اعتقه ولو ادى يسترده
منه ولو استهلكه يضمنه لان الاعتاق مردد بين ان يقع عن المامور وبين ان يقع عن الامر ووقوعه
عن المالك اصل وعن غيره عارض فاذا وقع العتق عن المالك هو المستنفع بملك نفسه فلا يستوجب
البدل على غيره وفي الوجه الثاني يقع العتق عن الامر ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة ك
استحسانا ايضا وفي الوجه الثالث لا يلزمه شي من المال لان الولا ثبت للمامور وهو المنتفع بملكه
فلا يستوجب البدل على الامر بخلاف ما لو قال طلق امراتك على الف علي حيث يلزم الالف على
الامر لانه لا منفعه للزوج في ايقاع الطلاق كذا ذكره شمس الايمه السرخسي والصدر الشهيد

وذكر شيخ الاسلام خواهرزاده ان المال يلزم الامر بالاعتاق ويقع العتق عنه لان قوله
علي ايجاب ضمان على نفسه ولا صحة له الا بعد وقوع العتق عنه فيثبت الامر بالعتق عن نفسه مقتضى
صحه ايجاب الضمان عليه كما لو قال اعتق عبدك عني بالف وفي الوجه الرابع لا يلزمه المال
وله ان يسترده اذا اداه اليه كما في قولك كل طعامك بعوض علي بخلاف قوله طلق امراتك
عن نفسك بالف علي حيث يلزمه الالف لما ذكرنا كذا في جامع المحبوبي ومبسوط شيخ الاسلام
قوله واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر اي قبل العبد عقد الكتابه عن مولاه
عن نفسه وعن عبد غايب يتوقف في حق الغايب قياسا لعدم ولايته عليه كما لو جمع بين عبده
وبين عبد غيره فباعهما وعند الايمه الثلاثه لا يصح في حق العبد الغايب وهو القياس وجه
الاستحسان انه امكن تصحيح تصرف المولى في حق الغايب بان يجعل عتق الغايب معلقا باداء الحاضر
كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال له ان اديتها ففلان حر فانه يصح من غير قبول الغايب وهذا
لان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغايب تبعا له والكتابه على هذا الوجه مشروعه كما
لو كاتب الامة دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى يعتق باداءها فكذلك ههنا فانعقد فلا يتوقف
على قبول الغايب شي من بدل الكتابة ولا يعتبر رده الكتابة واجازته ولو اكتسب شيا لا ياخذ
المولى منه وليس للمولى ان يبيعه من غيره ولو ابراه المولى او وهبه بدل الكتابه لا يصح اذ ليس
عليه شي من البدل اما لو ابرا الحاضر او وهبه البدل عتقا جميعا كذا ذكر المحبوبي وغيره ولا
يقال ينبغي على هذا ان المولى اذا اعتق الغايب لا يبطل حصته من بدل الكتابة كما في اولاد الحا
والحال انه يبطل وينبغي ان يعتق الغايب بعتق الحاضر كما في الاولاد والحال ان الغايب لا يعتق
بعتق الحاضر لانا نقول في المسله الاولى انما لا يسقط شي من بدل الكتابة عند اعتاق الولد المولود
في الكتابه لان الولد لم يكن مقصودا في العقد اذ هو غير موجود وقت العقد بل دخل تبعا فلا



يسقط بفواته شي من البدل بخلاف العبد الغايب لانه تبع من وجه من حيث انه لا يصير على
الغايب في انعقاد العقد واصل من وجه من حيث ان العقد اضيف اليه مقصودا فكان البدل
منقسما عليهما بالنظر الى اصل العقد فلهذا سقطت حصته واما الاولاد فتبع من كل وجه فلا
يسقط شي من البدل باعتاقهم لان البدل لا يقابل الاتباع اليه اشار في المبسوط وجامع المحبوبي
قوله فله ان ياخذ اي للمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل **قوله** ويجبر
المولى على القبول في القياس لا يجبر لان الغايب متبرع غير مطالب بشي من البدل وهو قول
الايمة الثلاثه ولان البدل يسقط بموت من عليه حين لم يترك وفا وينفسخ العقد ويصير الغا
عبدا قنا للمولى ولكنا استحسنا بانه يجبر على القبول حتى يعتقان جميعا باداء الغايب لان حكم
العقد ثبت في حق الغايب فيما لا يضر به في جواب الاستحسان ولكنه بمنزله البيع بحكم العقد في
حق الحاضر كذا في المبسوط وفي جامع المحبوبي الا انه يقبل منه المال حالا ولا يمكن من السعاية
على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب وذلك لان الاجل كان ثابتا للحاضر حقا له فلا يثبت
حقا لغيره كمن اشترى دارا بثمن موجل فالشفيع ياخذها بثمن حال لما ان الاجل وصف في
الدين وليس في ذمة الغايب دين فلا يثبت الاجل في حقه ايضا لان الحاضر قضى دينا عليه اذ بدل
الكتابه عليه وكذلك المكاتب اذا ادى البدل حتى عتق هو واولاده المولود في الكتابه لم
يرجع على ولده بشي لما قلنا ان الدين عليه **قوله** متبرع غير مضطر اي من جهة الحاضر بل
طلب نفعا مبتدا بخلاف معير الرهن لانه مضطر فيه لانه يفوت ملكه الثابت **قوله**

فان قيل الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشي اي يوثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه
لانه ليس للمولي ان ياخذ الغايب اجاز الغايب او لم يجز وكذلك رده لا يوثر في حق رده عقد الكتابة
عن الحاضر بل العقد لازم للشاهد اي الحاضر وان رده الغايب **قوله** واذا كاتبت الامة
عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين اي قبلت عقد الكتابة على نفسها على ابنها والحكم في العقد كذلك وليس
في وضع المسلة في الامة فايدة سوي ما ذكره في كشف الغوامض ان لرواية الجامع من الفايدة ما ليس
في مكاتب المبسوط فان هناك المسلة فيمن كاتب عبده على نفسه واولاده الصغار فلولا رواية
الجامع القايل يقول للاب على الصغير ولاية وليس للام فرواية الجامع الصغير بين ان ذلك
كله سوا وفايدة وضع المسلة في الصغيرين وان كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من
الجواب بقوله وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع لقايل ان يقول
في مثل هذا الوضع اذا ادى احد الاثنين ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة منهما ولا تبعية
خلاف الامة وابنها فان اداء الام كاداء ابنها بطريق انها ستتبعه ولذلك اداء الابن كاداء امه
لدخوله في كتابتها تبعا اما اداء هذا الابن ليس كاداء اخيه لما انه لا تبعية بينهما ولهذا وضع المسلة
في المبسوط في الاولاد الصغار ليفيد هذه الفايدة ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التثنية لانه
اقل ما يتحقق فيه هذه الفايدة وفي الكافي وليس جوازه منها على ابنيها بطريق الولاية اذ لا
ولاية للام الحرة على ولدها فكيف يثبت للامة بل جعلت نفسها اصلا في الكتابة ويجوز عليها قصدا
وعليهما تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر على نفسه وعلى عبد الغايب **قوله** على ما بينا في
المسلة الاولي وهي كتابة العبد عن نفسه وعن العبد الغايب وهي اي الام اولى بذلك من الاجنبي
اي لما جاز هذا العقد في حق الاجنبي على ما ذكر في المسلة الاولى فاولى ان يجوز عقد الام في
حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة رجلين بعد كتابة الواحد لما ان الاثنين بعد الواحد اعلم
ان كتابة احد الشريكين نصيبه بغير اذن صاحبه لم يجز عند الشافعي ومالك لتضرر شريكه
وعندنا يجوز ولصاحبه نقضه وعند احمد والحسن وابن ابي ليلى يجوز ولا ينقضه صاحبه فاذا
ادى العبد البدل ومثله للساكت يعتق وباذن صاحبه يجوز وبه قال الشافعي في قول وفي
قول لا يجوز وبه قال مالك **قوله** ان يكاتب نصيبه اي نصيب الماذون **قوله**
واصله اي اصل قوله ان المال للذي قبض عند ابي حنيفة وعندهما هو بينهما وذلك لانه لما كان
لا تتجزى الكتابة عندهما كان كتابة احدهما نصيبه صار كله مكاتبا والاذن بكتابة نصيبه اذن
بكتابة الكل فيصير البدل لهما جميعا كما لو كاتباه جميعا وعجز وفي يده اكساب فيكون الاكساب
بينهما فكذا ههنا وعند ابي حنيفة لما كان يتجزى كالاعتاق اقتصرت الكتابة على نصيب المكاتب
وليس للاخر حق النقض لانه كاتب باذنه واذنه اي اذن الشريك له اي للشريك المكاتب
بقبض البدل فيكون اي الشريك الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فيكون
المكاتب احق به او يقول لما اذن صار نصيب المكاتب عنده مكاتبا وبقي نصيب الاذن عبدا فكان
كسبه بعضه مملوكا للمكاتب وبعضه لمولاه فمتى اذن الذي لم يكاتب لشريكه بقبض بدل الكتابة
فقد اذن لعبده بقضا دينه من كسبه فيكون الاذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد
فاذا تم تبرعه بقبض الشريك المكاتب لم يرجع فصار كما لو وهب من مكاتبه شيا ثم المكاتب ملكه
من غيره بعوض وعجز وفي الكافي ليس للساكت ان ياخذ منه نصفه لان للاذن له بقبض البدل

اذن للمكاتب بالادا والاذن بالادا تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض
المكاتب فسلم كله له كرب الوديعة اذا امر المودع بقضا دينه من الوديعة فقضى لم يرجع رب
الوديعة عليه بشي وكذا هذا الادا فاذا قبل الادا ينبغي ان يصح نهيه لانه تبرع ولم يتم ولو اذن وهو
مريض وادى من كسبه بعض الكتابة صح من كل ماله لان الكسب اذا لم يكن موجودا حالة
الاذن فالاذن لم يتبرع بشي من ماله حتى يعتبر من الثلث وانما يتبرع بمنافع العبد حيث اذن له بصرفها
في ادا بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث لان حق الورثة يتعلق بالاعيان
لا بالمنافع وان كان قد اكتسب قبل الكتابة فاذن له في ادا بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود
الكسب وقت الاذن وتعلق حق الورثة به **فان قيل** للمتبرع ان يرجع بما تبرع اذا لم
يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض يرجع
بما تبرع اذ المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم
جات الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع لان مقصوده وهو سلامة البضع للزوج
لم يحصل وههنا ايضا مقصوده بالاذن بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالعجز **قلنا**
المتبرع عليه ههنا المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن عتقه وبعد العجز صار
مرقوقا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولا عينا خصوصا اذا خرج
عن يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف الزوجة والبايع لان ذمتهما صالحة لوجوب دين
المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان
قوله وفايدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ وانما ذكر هذا لئلا يتوهم ان الاذن
شرط في حق جواز كتابة نصيبه فانه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالاجماع عند
ابي حنيفة في نصيبه وعندهما في الكل ويثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق فلو لم يفسخ حتى
ادى البدل عتق حظه عند ابي حنيفة وللساكت ان ياخذ من المكاتب نصف ما اخذ من
البدل لانه كسب عبد مشترك **فان قيل** الكتابة اما عقد معاوضة او اعتاق
معلق باداء المال فلو باع نصيبه او اعتق او دبر او علق عتقه باداء بغير اذن شريكه
ليس للساكت ان يفسخه فينبغي ان يكون في الكتابة كذلك **قلنا** احصر ذلك بالكتابة لان
المكاتب بالكتابة الحق ضررا لشريكه الساكت فان بسبب كتابته يبطل حقه في نصيبه بيعا
وهبة ويصير حرا يدا والكتابة قابلة للفسخ فيفسخ دفعا للضرر ولهذا اذا زوجت نفسها
بغير كفوء فللاولياء حق الاعتراض وان تصرفت في خالص ملكها لانها الحقت بهم ضررا
فكذا هذا بل اولى لان الكتابة اقبل للفسخ من النكاح فان النكاح لا ينفسخ الا بقصور في ولاية
العاقد والكتابة يفسخ بتراضيهما من غير قصور في ولاية العاقد بخلاف البيع فانه وان
كان يقبل الفسخ لكن في بيع نصيبه لا يلحق ضرر على شريكه حتى لو كان في بيع نصيبه ضرر على
صاحبه كان للاخر حق الفسخ فان الدار لو كانت مشتركة وباع احدهما نصف بيت معلوم
كان للاخر حق الفسخ وبخلاف الاعتاق وتعليقه حيث لا يقبلان الفسخ اليه اشار في الذخيرة
هذا الذي ذكرنا اذا كاتبه احد الشريكين فاما اذا كاتبه الشريكان معا كتابة واحدة
يجوز وبه قالت الايمة الثلاثة فاذا ادى الى احدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يود
جميع المكاتبة اليهما لان عقد الكتابة واحد في حق المكاتب فلا يعتق باداء البعض كما لو كان
الرجل واحدا وهذا لان المقبوض غير سالم لشريكه بل يشركه فيما قبض لانه مال لهما

وجب بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما وكان اداؤه الى احدهما كادائه اليهما وان
اعتقه احدهما جاز وكذا لو ابراه من نصيبه او وهبه له عتق ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق
احدهما ان شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في
قول ابي حنيفة وبين العتق والسعاية ان كان المعتق معسرا وعند محمد يضمن الاقل من نصف
القيمة ونصف ما بقي من مكاتبته وكذا العبد يسعى في الاقل عند عسره المعتق كذا في المبسوط
وفي الكافي لو كاتبت احدهما كله او حظه بالف ثم كاتب الاخر كله او حظه بمائة دينار صار
مكاتبا لهما اما عند ابي حنيفة فلان الكتابة تتجزى فنفذت كتابة كل في حظه واما عندهما
فبكتابة الاول صار مكاتبا وللاخر حق الفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصفه وايهما قبض
شيا من بدل نصيبه لا يشاركه الاخر في ذلك ويعلق عتق نصيب كل واحد بجميع بدل الكتابة
المسمى في كتابة نصيبه وان ادى اليهما فالولاء لهما عندهم وان قدم احدهما صار كمكاتبتهما
حرره احدهما عتق نصفه عند ابي حنيفة ويسعى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية
الا ان يعجز المكاتب فيضمن القابض نصف صاحبه ان كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته
ان كان معسرا وعندهما يعتق كله ويضمن نصيب صاحبه ان كان موسرا ويسعى في نصف
قيمته ان كان معسرا عند ابي يوسف وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة
في اليسار ويسعى في الاعسار ذلك **قوله** فادعاه اي صحت دعوته وثبت النسب
ثم وطيها الاخر فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا وثبت النسب كما في المدبرة
المشتركة فانه يضمن امومية الولد في المدبرة المشتركة على نصيبه بالاجماع **قوله** لقيام
ملكه ظاهرا قيد به لانه بالنظر الى بقاء الكتابة ملك الثاني باق فيها وبالنظر الى التعجيز لم يبق
ملكه فيها والظاهر انها تمضي كتابتها فيكون ملك الثاني باقيا فيها ثم استيلاد المكاتبة لما
كان يتجزى عند ابي حنيفة كان استيلاد الاول مقتصرا على نصيبه ونصيب الساكت باقيا على
حاله فلما وطي الثاني وجاءت بولد فادعاه الثاني كانت دعوته مصادفة لملكه من حيث الظاهر
لان الظاهر هو ان تمضي على كتابتها فكان وطيه واقعا في ملكه والذي حدث من العجز انما حدث
فيها بعد صحة الدعوة فلا يبطل حكم النسب ظاهرا كما في ولد المغرور لانه حر بالقيمة لان حين
استولدها كانت حرة في الظاهر **قوله** ويضمن شريكه اي شريكه الثاني كمال عقرها وفي
المبسوط ولم يذكر حكم العقر ثم قال على رواية الكتاب يوجب نصف العقر على الثاني ونصف العقر
على الاول فيكون احدهما قصاصا بالاخر ثم قال وقد بينا في كتاب الدعوى ان الاصح وجوب
جميع العقر على الثاني وهنا قول ابي يوسف ومحمد هنا لك ايضا انه حين استولدها احدهما
صار الكل ام ولد له وهي مكاتبته فلا يصح الاستيلاد من الثاني بعد ذلك ولا يثبت النسب
منه بالدعوة وذكر قاضي خان وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في الكتابة يتجزى
عنده خلافا لهما واجمعوا انه لا يتجزى في القنة ويتجزى في المدبرة **قوله** وقيمة الولد
اي يضمن قيمة الولد ايضا **فان قيل** ولد ام الولد لا قيمة له عند ابي حنيفة فكيف
يستقيم ايجاب القيمة على اصله بل ينبغي ان يجعل حرا بغير شي او يرد الى مولى الام وهو
الواطي الاول **قلنا** عدم تقومها على الاطلاق غير مسلم بل متقوم في الجملة فانه لو
كاتب ام ولده جاز بالاتفاق وبدل الكتابة يجب بمقابلة مالية الرقبة وهذا لانها وان
لم تكن متقومة في نفسها تتقوم بالشرط نظرا الى الحرية بالخراج كالقصاص

صار

والنكاح فانهما وان لم يكونا متقومين في انفسهما قد يتقومان بالشرط نظرا الى من عليه القصاص
وللمراة حتى جاز الصلح عن دم العمد والطلاق على مال فلما تقومت ام الولد في الجملة تقوم
ولدها **فان قيل** جواز كتابتها لا يدل على تقومها لاحتمال ان ينعقد الكتابة في حقها بمعنى
التعليق لا المعاوضة ولئن سلمنا انه ينعقد بمعنى المعاوضة لا نسلم ان البدل يجب بمقابلة المالية
بل بمقابلة فك الحجر فلا يثبت التقوم **قلنا** لا ينعقد تعليقا بدليل ردها الى الرق عند العجز
وبطل الكتابة ولا يمكن ابطال التعليق بوجه ولا يقال ابطاله عند العجز لفوات وصف الشرط
وهو ان تودي كل شهر كذا او عند العجز فات هذا الوصف لانا نقول لو كان كذلك لم يمكن ابقاء
عقد الكتابة اذا لم يطلب المولى رده الى الرق ولما صح ابطاله بطلب المولى عند العجز وبقاؤه
عند عدم طلبه دل انه انعقد كتابة لا تعليقا واما قوله البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر
فمسلم ولكن في الابتداء دون الانتهاء فان الكتابة في الانتهاء اعتاق على مال على ما عرف في
الاسرار فعلم ان البدل في مقابلة المالية ولئن سلمنا انها غير متقومة على الاطلاق لكن حكمنا
بتقوم ولدها ههنا على مذهب الخصم للضرورة لان حال الولد لا يخلو عن ثلاثة اوجه
اما ان يرد الى مولى الام وهو الواطي الاول او يجعل حرا بغير شي او يجعل حرا بالقيمة لا وجه
الى الاول لان فيه اهدار جانب المغرور والولد بالكلية ولم يرد الشرع به ولا وجه الى
الثاني لان فيه اهدار جانب المالك وهو مولى الام لان ملكه يزول عنه بلا بدل من غير
رضاه وهو خلاف المشروع فتعين جعله حرا بالقيمة وثبت تقومه ضرورة وفيه نوع تامل **قوله**
يسعى فيما لا يتضرر به المكاتب وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها في ذلك بل لها نفع فيها حيث لم
يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتعتق مجانا بعد موت المولى **قوله** ويبقى الكتابة فيما
وراءه اي في حق ما لا يتضرر بالانفساخ وهو كونها احق في اكسابها واكساب ولدها وسقوط
الحد عن الثاني في وطيها بخلاف التدبير يعني اذا استولد مدبرة مشتركة فانه لا يتملكه ويقتصر
على نصيب المستولد لانه لا يمكن تملكها اذ التدبير لا يقبل الفسخ فيكون مانعا للنقل من ملك
الى ملك **قوله** وبخلاف بيع المكاتب جواب سؤال يرد على المدبرة بان قيل هلا قلتم
بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد فقال في جوابه اي البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى
ببقائه مكاتبا ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا تفسخ فيما يتضرر به المكاتب **قوله** للشبهة
وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة او انها تبقى مكاتبته فيما يتضرر به
بالاجماع **قوله** واذا بقيت الكتابة عندهما اي فيما يتضرر صار كلها مكاتبة له اي للمستولد
الاول قيل يجب عليها نصف البدل قال الامام قاضي خان اختلف المشايخ بعد ذلك في بدل
الكتابة قال الماتريدي يجب نصف بدل الكتابة عليها لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط
نصف البدل فبقي مكاتبته بالنصف وقال عامة المشايخ تبقى مكاتبته بجميع البدل لان انفساخ
الكتابة امر ضروري فلا يظهر فيما وراء الضرورة وهي تكامل الاستيلاد اي فيما عدا التمليك
فيبقى العقد الاول كما كان وفي ابقايه اي ابقاء عقد الكتابة في حقه اي في حق نصف البدل نظر للمولي
وهو المستولد الاول **قوله** لظهور اختصاصه اي اختصاص المستولد الاول على ما
بينا في تعليل قول ابي حنيفة **قوله** في قياس قول ابي يوسف اي في قياس قوله في اعتاق
المكاتب بين اثنين فان عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتبا فيجب اقلهما لان الاقل متيقن
قوله ولكن دبرها اي بعد ما استولدها الاول بطل التدبير اي بالاتفاق اما عندهما

ان المستولد يملكها قبل العجز فانفسخا الكتابة قبل التدبير فلا يصح تدبيره مع انه اى
التدبير مصادف ملك غيره اى غير المدبر لانه اى النسب يثبت بمجرد الغرور كما لو
اشترى امة فاستولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة فكذا ههنا
ولو دبرها فاستحقت بطل التدبير وكمل الاستيلاد على ما بينا اى في تعليل قول ابي حنيفة
ووجهه ما بينا في تعليل القولين **قوله** والجواب فيه اى في اعتاق احد الشريكين القن
على الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد
وعندهما لا يرجع وفي الخيارات فان عنده للساكت من الخيارات الثلاث العتق والسعاية
والتضمين وعندهما ليس الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها اى غير الخيارات
وهو الولاء وقد مر تقريره في الاعتاق **قوله** البيع واسبابه كالهبة والصدقة والارث
والوصية والاستخدام وامثاله كالاجارة والاعارة والوطي والاعتاق وتوابعه وهي
الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال لا يملك بالضمان لانه اى المدبر لا يقبل
الى اخره فكان هذا الضمان ضمان الحيلولة لا ضمان التملك كما في غصب المدبر وذكر قاضي
خان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة لان منافع المملوك ثلاث الاستخدام والاسترباح بالبيع
وقضاء الديون من ماليته بعد الموت وبالتدبير يفوت منفعة واحدة وهي الاسترباح فينتقص
ثلث قيمته وبالاستيلاد يفوت منفعتان منفعة الاسترباح ومنفعة قضاء الديون بعد الموت
وتبقى منفعة واحدة وهي الاستخدام فينتقص ثلثا قيمتها وقد مر المختار في الاعتاق وبيان
الاختلافات ايضا **قوله** لم يبق خيار التضمين لانه بمباشرته التدبير يصير مبريا للمعتق
عن الضمان لان تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف
الاول فان هناك نصيبه كان مدبرا حين اعتق فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه
كذا ذكره المحبوبي وهو نظير ما اذا غصب فاندبره المالك لم يبق الغاصب ضامنا لان ضمانه
في الابتداء انعقد بشرط التملك فلم يبق ذلك الشرط فلا يبقى المشروط بخلاف ما لو غصب مدبرا
ابتداء حيث يضمن لان ضمانه انعقد لا بشرط التملك فيبقى كذلك

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تاخير الباب ظاهر التناسب اذ
الموت والعجز بعد العقد **قوله** عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ومنه
قول الشافعي اقل التاجيل نجمان اى شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر انه
حط عن مكاتب اول نجم حل عليه اى اول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ومنه قولهم نجم الدية
اداها نجوما كذا في الصحاح **قوله** وانظر عليه اليومين او الثلاثة وقال الشافعي واحمد فان
كان له او دينه غائبا على مسافة القصر لم يلزم التاخير لطول المدة وان كان ما دون السفر لزمه التا
الى ان يحضره ودينه على انسان ان كان حالا ومن عليه مليء وجب التاخير الى استيفائه كما لو كانت
له وديعة عند غيره وان كان موجلا او على معسر فلا يجب التاخير ولو حل نجم وهو نقد وله عروض
يلزمه التاخير الى بيعه وفي التهذيب مدة التاخير للبيع ثلاثة ايام ولا يلزم اكثر من ذلك كذا في شرح
الوجيز وعند مالك اذا عجز عن نجم يفسخ الكتابة بعد ان يتلوم الايام ويجتهد الامام في ايام
التلوم فيمن يرجى له ذكره في الجواهر **قوله** كانهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه
عليه الحكم فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة يوخر يوما او يومين او ثلاثة ولا يزاد عليه
وجعلوا هذا القدر من باب التجلد دون التاخير فكذا ههنا كذا ذكره المحبوبي والاصل فيه

والمذهب

ثم

٢٢٤

قصة موسى مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا قدر صاحب الشرع مدة
الخيار بالثلاثة **قوله** علقه اى علق هذا الشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله وهذا لا
يعرف قياسا فكان المروي عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وبقول ابي يوسف قال احمد وابن ابي
ليلى وابن عيينة والحسن رحمه الله كان احسنه موجله فالتاجيل والتنجيم لازم عند الشافعي واحمد
وعندنا ومالك سنة فكان التيسير فيه مقصودا **قوله** وحالة الوجوب بعد حلول نجم الى
اخره يعني الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالي نجمين ولا يستحق الفسخ قبل دليله وهذا لانه لما مضى
نجم صار حالا والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق الا بعد الامهال والابلاء للعذر واولى
المدد اى احق الاجال ما اجمع عليه العاقدان وهو النجم الثاني فاذا مضى الثاني تحقق العجز فوجب
الفسخ ولنا ما روي عن ابن عمر ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق وما ذكر من المعقول في المتن
قوله اذا لم يكن راضيا به اى فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا لبقاء الكتابة بعد ذلك
النجم الذي شرطه او فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا به دون ذلك النجم على ما ذكرنا من
اختلاف الروايتين من الذخيرة اذا اراد المولى الفسخ عند العجز وان لم يرض المكاتب بالفسخ يفسخ
المولى العقد بنفسه في رواية لا يصح فسخه ويحتاج الى قضاء القاضي وفي رواية يصح و **قوله**
والاثار متعارضة جواب عما تمسك به ابو يوسف بقول علي فان الاثر المروي عن ابن عمر يعارضه
ما ذكره في الكتاب فسقط الاحتجاج بها اى بالاثار للتعارض فان الاثرين اذا تعارضا وجهل التاريخ
تساقطا فيصار الى ما بعدهما من الحجة فبقي ما قالا من الدليل بقوله ان سبب الفسخ الى اخره او بقول
حديث علي بيان ان احق الفسخ بكسر النجمين وليس فيه نفي جواز الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت
على ما عرف من مذهبنا فيعمل به اذا قام الدليل وقد قام الدليل وهو حديث ابن عمر لانه يحمل على
السماع لانه لا يترك بالقياس اليه اشار الامام المحبوبي **قوله** اخل بنجم يقال اخل الفارس
بمركزه اذا ترك موضعه الذي عينه الامير ثم استعمل ههنا في ترك اداء وظيفة بدل الكتابة عند عمر
السلطان اى عند غير القاضي **قوله** ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ وفي المبسوط
حديث علي وابن عمر يدل على ان للمولى فسخ الكتابة عند العجز من غير القضاء فيكون حجة على ابن ابي ليلى فانه
يقول لا يرد في الرق الا بالقضاء لان العجز عنده لا يتحقق بدون القضاء لان مال الله غاد ورائح وصار
نظير عجز العنين وقلنا العقد تم بتراضيهما والمولى ما رضي بلزوم العقد الا بشرط فاذا فات الشرط
يمكن من فسخه لانعدام رضاه وقد ذكرنا اختلاف الروايتين من الذخيرة وجه الرواية التي لا
يشترط القضاء ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء فيشبه
هذا الوجه ما لو وجد المشتري عيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ فكذا ههنا وبه
قال الشافعي في قول واحمد وجه الرواية الاخرى ان هذا عيب تمكن في احد العوضين بعد القبض
لان المكاتب بالعقد صار في يده فاشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري عيبا بعد القبض فلا
ينفرد بالفسخ ويحتاج الى القضاء فكذا هذا وبه قال الشافعي في قول ومالك **قوله** موقوفا
عليه او على مولاه لانه ان ادى البدل فكسبه له وان لم يوده فكسبه لمولاه **قوله** ويعتق اولاده
اى المولودون او المشترون في حال الكتابة **قوله** وبه اخذ علماؤنا ومالك ايضا ان كان له
ولد مملوك دخل في كتابته معه ويجبر الولد على الاكتساب والاداء وان لم يترك وفاء عنده وان كان
له ولد حر انفسخت الكتابة قال ابن حزم هذا قول لم يقل به احد من خلق الله قبله ولم يات به نص
قط ولا رواية فاسدة ولا قياس ولا عقل وقيل في جوابه لما كان المكاتب ليس له حكم العبيد ولا حكم

الاحرار وجب ان يكون لميراثه حكم اخر غير حكم العبيد وغير حكم الاحرار نظرا الى الجهتين او
عملا بالاثرين **قوله** وقال الشافعي تبطل الكتابه وبموت عبدا وبه قال احمد والنخعي
والسعي وقتاده وابو سلمان واصحابه وعمر بن عبد العزيز واصحابه اي امام الشافعي في
ذلك زيد وابن عمر ايضا وروى ان عمر بن الخطاب قضى بذلك وله ظاهر قوله عليه الصلاة والسلم
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم **قوله** لعدم المحليه اذ الميت ليس بمحل لانشا العتق ولا
لتعليقه **قوله** لفقد الشرط وهو الادا لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وهذا بخلاف
موت المولى فان العقد يبقى ويعتق بالادا الى ورثته لان المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد
والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد والميت يجوز ان يكون معتقا ولا يجوز ان يكون
معتقا الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي يصح ولو قال انت حر بعد موتك يلغو
وكذا لو اوصى ان يعتق عنه عبده بعد موته يصح ويكون المولى هو المعتق حتى يكون الولا له
قوله ولنا انه اي عقد الكتابه عقد معاوضه وعبر به عن النكاح والوكالة وغيرها
ولا يبطل بموت المتعاقدين وقيد به احترازا عن الاجارة فانها عقد معاوضة ويبطل بموت
احد المتعاقدين والكتابه لا تبطل بموت المولى فكذا بموت الاخر وهو العبد كالمبيع وهذا
لان قضيه المعاوضه المساواة بين العاقدين فاذا جاز ابقا العقد بعد موت المولى لحاجته
اليه ليصل الى مقصوده وهو الولا فكذا يجوز ابقا العقد بعد موت المكاتب لحاجته ليصل
الى مقصوده وهو شرف الحرية بل اولى لان الذي استحق المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز
نفسه يبطل حقه والذي استحقه المكاتب لازم حتى لو اراده المولى ان يبطله ليس له ذلك
فاذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وانه الزم اولى ان لا يبطل ولان الموت انفى للمالكية
منه اي من الموت للمملوكية لان المملوكيه عبارة عن المقدوريه والمقهوريه والمالكيّة
عبارة عن القادريه والقاهريه ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا
والموت انفى للقادريّة والقاهرية فاذا كان انفى ولم ينف القادريه والقاهريه فاولى
وجاز ابقا العقد مع اقوى المنافيين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد مع ادنى المنافيين لا على
لا على الحاجتين اولى واحرى واما ما ذكر من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض
حتى يصرف ماله الى قضا حوايجه اولا من تجهيزه وتكفينه وقضا دينه وتنفيذ وصيته والجمهور
على انه يعتق في اخر جزء من اجزا حياته اما لان سبب الادا وهو عقد الكتابة موجود قبل الموت
فيستند الادا اليه ويجعل ادا خلفه كادايه بنفسه **فان قيل** الادا فعل حسي والاسناد
انما يكون في التصرفات الشرعية **قلنا** نعم فعل النايب مضاف الى المنوب وهذه الاضافة
شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فمات الرامي قبل ان يصيب ثم اصابت صار ملكا له ويورث
عنه والميت ليس باهل ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة
الى اخر جزء من اجزا حياته فكذا ههنا لما كان السبب منعقد وهو عقد الكتابة والعتق موقوف
على الادا والادا جايز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك
ثم حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزا حياته اما لان نقال الترك الموجود في اخر حياته مقام التخلية
من المال والمولى وهو الادا المستحق عليه او يكون ادا خلفه كادايه وهذا معنى قوله على ما
عرف تمامه في الخلافيات **فان قيل** لو قذفه قاذف بعد ادا بدل الكتابه في حياته
يحد قاذفه ولو حكم بحريته في اخر حياته ينبغي ان يحد قاذفه والحال انه لا يحد **قلنا** ثبت

نحوبة

٢٢٥ الحرية في اخر حياته لضروره حاجته اليها والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا يظهر
في حق احصانه فلا يحد قاذفه مع ان الحدود تدرا بالشبهات والحريه ههنا ثبتت مع الشبهه
وما ثبت بالاسناد يثبت من وجه **قوله** اما عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد يوديه
الى اجله كالولد المولود في الكتابة وبه قال مالك وهذا لانه صار ابنه حتى ملك المولى
اعتاقه كاعتاق ابنه بخلاف ساير اكتساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه **قوله** لانه اي
لان المشترى لم يضف اليه العقد ولم يسر حكم العقد اليه لكونه منفصلا وقت العقد وكان
ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن وفا بخلاف المولود
فان العقد يسري اليه حكمه لكونه متصلا به وقت الكتابه لانه جزؤه فيدخل في حكمه ويسعى في
نجومه **قوله** كتابه واحده قيد به لانه لو كانا مكاتبين بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره
المحبوبي لانه لما كان مقصودا بالكتابة فانما يعتق من وقت ادا البدل مقصورا عليه لان
الاسناد للضرورة ولا ضروره في حقه ههنا فكان عبدا عند موت ابيه فلا يرثه جعلا
كشخص واحد لاتحاد العقد فيهما فيعتقان معا ويردان في الرق معا **قوله** واذا مات المكاتب
وله ولد من حرة الى اخره يريد به الفرق بين هذه المسله والتي تليها وهي قوله فان اختصم موالي
الام الى اخره والمكاتب اذا مات عن ولد ووفا يرثه الحر ايضا عندنا خلافا لمالك وتدبر مات
فاذا ترك دينا فيه وفا بمكاتبته فجنى الولد الى اخره فقضى به اي بارش الجنايه لان تضمنها اي من
قضية الكتابة ان يكون الولد ملحقا بموالي الام لقيام الكتابة لما ان له من المال منتظر لان الدين
مال باعتبار ماله فلا يحكم بعتقه الا عند ادا بدل الكتابة وما لم يحكم بعتقه لم يظهر لولده ولا
في جانب ابيه فيكون مولى لموالي الام وبعد ما ادى البدل ظهر له ولا في جانب الاب فيجر ولاه
الى موالي الاب فلم يكن قضا القاضي بموجب الجناية على عاقله الام فسخا للكتابه اما في المسلة الثانيه
الاختلاف وقع في الولا مقصودا فيكون القضا بالولا لموالي الام قضا بعجز المكاتب وفسخ الكتابة
ضرورة واقتضا وهذا القضا صحيح بالاجماع لانه صادف محلا مجتهدا فيه فان عند بعض الصحابه
يموت عبدا وان ترك وفا كما ذكرنا فينفذ القضا بالاجماع فينفسخ الكتابة اقتضا كذا ذكره شمس
الايمة وقاضي خان والمحبوبي ثم في مسله الارش اذا ظهر للولد ولا من قبل الاب عند ادا البدل
فموالي الام لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حيات المكاتب على مولى الاب لانه انما حكم بعتقه
في اخر جزء حياته فلا يستند عتقه الى اول عقد الكتابه فكان موالي الام عند جناية مواليه حقيقه
فلم يرجعوا بما عقلوا انما يرجعون بما عقلوا عن جنايته بعد موت الاب قبل ادا البدل لان عتق
الاب لما استند الى حال حياته تبين ان ولاه كان لموالي الاب من ذلك الوقت وموالي الام مجبرون
على الادا فيرجعون بما ادوا كالملاعن اذا اكذب نفسه بعد ما جنى الولد وقوم امه عقل جنايته فانهم
يرجعون بظهور النسب من وقت الجناية فكذا ههنا كذا في شرح الجامع لشمس الايمه وقاضي خان
والمحبوبي وذكر التمرتاشي هذا الذي ذكرنا فيما اذا مات عن وفا فان مات لا عن وفا قال الاسكاف
تنفسخ الكتابة حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة لا يقبل منه **قوله** التبدل الملك **فان
قيل** ملك الرقبه كان للمولى فكيف يتحقق تبدله **قلنا** ملك الرقبه كان للمولى مغلوبا في
مقابله ملك اليد ولهذا التصرف للمكاتب لا للمولى ولهذا يمنع المولى من التصرف وبالعجز يصير الامر
على العكس فكان تبدلا واليه وقعت الاشارة اي الى التبدل والحل بعد التبدل وقعت الاشارة
النبويه في حديث بريرة مع ان بريره كانت مكاتبة وذكر المحبوبي وقاضي خان هذه المسله على وجهين

اما ان يعجز قبل اداء الصدقة الى مولاه او بعده فان عجز بعد الاداء طاب المقبوض بالاجماع لتبدل
الملك كما ذكره في المتن اما اذا اخذ المولى مال الصدقة بعد عجزه وهو غني او هاشمي فعلى قول محمد
يطيب لان المذهب عنده ان المولى يملك اكسابه عند عجزه ملكا مبتدا فيتبدل الملك ولهذا وجب
نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر نفسه ظئرا واما عند ابي يوسف فكذلك في الصحيح وان كان قياس
مذهبه يقتضي ان لا يحل لانه لا يتبدل الملك بالعجز عنده بل يتقرر وصار كان الصدقة وقعت من الاصل
للمولى لكن الخبث عنده في فعل الاخذ لا في عين المال كما ذكر في المتن **قوله** يطيب لهما اي للفقير اذا
استغنى وابن السبيل وكذا لو مات الفقير وابن السبيل يحل لوارثهما الغني الصدقة **قوله** واذا
جنى العبد فكاتبه **اعلم** ان المولى لما كاتب العبد ولم يعلم بجنايته لا يكون عقد الكتابة اختيارا
للفداء كما لو باعه وهو لا يعلم بجنايته فاذا لم يصر مختارا يغرم قيمته كما في البيع لامتناع الدفع بالكتابة
والبيع فاذا زال المانع قبل اسقاط الحق عن الرقبة عاد الحكم الاصلي وهو اما الدفع او
الفدا وكذا اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بارش الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع ولا يعلم
فيه خلاف وفي جناية المكاتب يجب الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كما في المدبر وام الولد كذا في
المبسوط **قوله** وان قضى به اي بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته ثم عجز فهو اي قدر
قيمته دين عليه يباع فيه وعند الايمة الثلاثة بالعجز يرد الى الرق فيخير سيده وعند زفر وهو
قول ابي يوسف اولا يباع في قيمته في الفصلين الا ان يقضي المولى عنه لان المكاتب ليس بمحل للدفع
وجنايته لا تتعلق برقبته فوجب ان تصير جنايته موجبة للقيمة بنفس الوقوع كما في المدبر وام
الولد وقلنا الاصل في جناية العبد وجوب الدفع الا ان تعذر التسليم بوجود المانع من الانتقال
من ملك الى ملك والمانع ههنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن
الموجب الاصلي الا بالقضا والرضا كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض لا ينتقض البيع الا بالقضا
لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع ثابت متقرر لا يقبل الزوال
فوجب القيمة بلا توقف اليه اشار قاضي خان والمحبوبي **قوله** كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب
بفتح التاء وهو العبد المكاتب **قوله** وسبب حق المرء حقه يعني الحرية حق العبد والكتابة سببها
فيكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على اخر دين ومات الاخر وقيل له اي للمكاتب اد
المال الى اخره ولا اعلم فيه خلافا وهذا بخلاف ما لو كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته
الف ثم مات ولا مال له غيره فانه يؤدي ثلثي القيمة حالا وكذا ذكر في ما بعد ادى ثلثي القيمة
حالا او يرد رقيقا وههنا يؤديه على نجومه مؤجلا لا حالا لما ان وضع المسئلة ههنا مطلقا فيكون
محمولا على حال الصحة لان ذلك هو المطلق من الاحوال وهناك وضع في المريض والمرض من العوارض
وبه صرح في المبسوط وحاصله ان تصرف المريض لما انحصر في ثلث المال في حق الاسقاط فكذا انحصر
تصرفه في حق الثلث في حق التاجيل فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لان المكاتب يورث لانه
مملوك والمملوك يورث وصار كاعتاق الكل وقلنا اضاف التصرف الى ما لا يملكه فيلغو كاحد
الشريكين اذا اعتق نصيب شريكه فانه يلغو وهذا لان المكاتب لا يورث لانه سبب الملك ولا
يملك المكاتب سبب من اسباب الملك وكذا سبب الوراثة والقياس في اعتاق الكل ان لا ينفذ
عتقهم ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لاضافتهم التصرف الى ما ليس بملكهم وانما حكمنا بعتقه
استحسانا لان اعتاق كله يسقط بدل الكتابة عنه فيمكن ان يجعل اعتاقه اسقاطا لبدل الكتابة
اذ هو حقهم وقد جرى فيه الارث صونا للكلام عن الالغاء وبرآته عن البدل سبب لعتقه كما

لو ابراه المولى وكما لو قال صريحا ابرأتك عن البدل الا ترى انه اذا اعتق بعضهم بالتدبير يموت
المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة ولا يصير ابراء عن نصيبه لانا جعلناه ابراء اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم
والعتق بابراء البعض كاداء بعض البدل ولا جائز ان يثبت الابراء عن الكل لان الكل حق الكل لا حقه اليه
اشار في مكاتب المبسوط شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندنا وقالت الايمة الثلاثة لا يجوز لان
الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة وان له الحظ لعبده فلا معنى للخيار
وقلنا هو عقد معاوضة فيجوز فيه الخيار كما في البيع وتقدم الخلاف في بيع المكاتب في البيوع •

كتاب الولا

ايراد الولا عقيب الكتابة
ظاهر التناسب لان فيه اثر من اثار المكاتب وهو المرجح لايراده ههنا دون عقيب الاعتاق
ثم محاسن الولا لا تحتاج الى البيان لانه ثمرة الاحسان وفيه شكر المنعم واتمام الاحسان والولا
لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وقيل الولا والولاية
بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتق والموالاة لانه عبارة في الشرع عن
التناصر سواء كان بالاعتاق او بالعقد ولهذا قال في المبسوط والمقصود منهما التناصر وقد
كانوا في الجاهلية يتناصرون باسباب منها الحلف والمحالفة فالشرع قرر حكم التناصر بالولاء
وسببه ما ذكر في الكتاب من العتق والعقد وقيل سببه زوال الملك بالحرية باي جهة كان
جهة الواجب كالعتق للكفارة او بغير جهة بالاعتاق والتدبير والاستيلاد والكتابة وملك
القريب وحكم الولا الارث كما يجيء ولا خلاف فيه اليه اشار في الذخيرة **قوله** ويسمى ولا
نعمة ويسمى ولاء العتاقة وولاء النعمة اقتدا بكتاب الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت
عليه اي انعم الله بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق والاية في زيد بن حارثة مولى رسول الله
صلى الله عليه وسلم **قوله** وسببه اي سبب ولاء العتاقة العتق على ملكه كما ذكرنا
باي جهة كان وقوله في الصحيح احترازا عن قول اصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ومستند
بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان بملك القريب يعتق ويثبت
الولاء باجماع اهل العلم ولا اعتاق ههنا والصحيح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف
الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق كذا في المبسوط والذخيرة ومعنى قوله عليه
الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق اي لمن عتقه وكان اولى لشمولها الصورتين وبني على ذلك حكم الارث
بولاء العتاقة باجماع اهل العلم وبالموالاة خلاف اذا ثبت هذا فكل معتق غير حربي يستحق الولاء باجماع
اهل العلم والحربي لو اعتق حربيا ثم خرجا مسلمين لا يستحق ولاءه عند ابي حنيفة ومحمد لعدم صحة العتق
في دار الحرب بل يعتق بالتخلية وعند عامة اهل العلم وابي يوسف يصح ويكون ولاؤه له لانه علق
بالاعتاق والتخلية جميعا وباختلاف الدين السيد والمعتق الولاء ثابت ولا يرثه عند جمهور الفقهاء
لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وعن احمد فيه روايتان في رواية
لا يرثه كقول الجمهور وفي رواية يرثه وروي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال اهل الظاهر
واحتج احمد بقوله على الولاء شعبة من الرق وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني ولا يرث النصراني
المسلم لانه لا يصلح له مالكه **قوله** لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق وما
ذكره من المعقول وهو ان ثبوت الولاء باحداث قوة المالكية وازالة الرق في المعتق وفي هذا
يستوي الرجل والمراة والاعتاق بالمال وغير المال **قوله** فان شرط انه سائبة اي شرط
ان لا يرثه ولا يكون له عليه ولاء فالشرط باطل عند جمهور العلماء وعند احمد لم يكن له الولاء عليه

ان عتقه سايبه فلو اخذ من ميراثه شيا رده في مثله وفي المنصوص عن احمد لو خلف مالا ولم يدع
وارثا اشترى بماله رقابا فاعتقهم لان ابن عمر اعتق عبده سايبه فمات فاشترى بماله رقابا
فاعتقهم وقال ملك ومكحول وابو العاليه والزهرى وعمر بن عبد العزيز يجعل ولاه لجماعة
المسلمين كذا فعله بعض الصحابه وقال ابن قدامه في المغنى ولعل احمد ذهب الى شرا الرقاب
استحبابا لفعل ابن عمر والولا للمعتق وهو قول ابى حنيفه واهل العراق والشافعي والشعبى والنخعى
وابن سيرين وراشد بن سعد وضمره بن حبيب لقوله عليه الصلاه والسلم الولا لمن اعتق فيكون
الشرط مخالفا للنص فلا يصح ولانه عليه السلام جعل الولا لحمه كلحمه النسب اى وصلة كوصلة
النسب والنسب لا يزول عن فراش بشرط زواله فكذا الولا ولذلك لما راى اهل بريرة اشترا
ولايها على عايشه فقال عليه الصلاة والسلم اشتريها واشترطى لهم الولا وانما الولا لمن اعتق
يعنى اشتراطهم تحويل الولا لا يفيد ولا يزيل الولا عن المعتق وفي المواضع الذى جعل بعض الصحابة
ميراثه لبيت المال او في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كما فعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل
عمر وابن مسعود في ميراث الذى تورع سيده عن اخذه وقيل في تاويل قوله تعالى ما جعل الله من
بحيره ولا سايبة ان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سايبة لا ميراث ولا عقل بينهما **قوله**
وقد قررنا في المكاتب ان ولاه لمولاه وهو قول عامة الفقها وعن عمرو بن دينار لا ولا على المكاتب
لانه اشترى نفسه من سيده فلم يكن عليه ولا كما لو اشتراه اجنبى وقال مكحول المكاتب اذا اشترط
ولاه مع رقبته جاز وقال قتاده من لم يشترط ولاه مكاتبه فلمكاتبه ان يوالى من شا ولنا حديث بريرة
انها مكاتبه فجاءت عايشه فقالت اعددت لهم عدة واحدة ويكون ولاوك فابوا الا ان يبيعوها
الا ان يكون الولا لهم فقال عليه الصلاة والسلام اشتريها واشترطى لهم الولا وهذا يدل على ان
الولا كان لهم لو لم تشتريها ولان السيد هو المعتق له لانه يبيع ماله بماله لاخر وقد قال عليه الصلاه
والسلم الولا لمن اعتق **قوله** على معتق الام بكسر التا مقصود اذا هو اضاف الاعتاق
الى جميع اجزايها والولد جزها ويعتق مقصودا ايضا فلا يتحول ولاوه عنه لظاهر ما روينا كذا
ذكره سيخ الاسلام **قوله** وهو اى الجنين ليس بمحل للايجاب والقبول **قوله** جر الا
ولا ابنه وهذا قول الفقها والتابعين والصحابة وقال داود والزهرى وميمون بن مهران
وحميد بن عبد الرحمن ان الولا لا ينجر عن موالى الام وقد روى عن عثمان وزيد بن ثابت مثل هذا
ولنا ان الولا لحمه كلحمه النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذا الولا وللجمهور ان الانتساب
الى الاب فكذا الولا وانما كان ولا الولد لموالى الام ضروره فاذا اعتق الاب زالت الضرورة
فعادت النسب اليه وروى عن الزبير انه لما قدم خيبر راى فتيه لعسا فاعجبه ظرفهم وجمالهم
فسال عنهم فقيل له موالى رافع بن خديج وابوهم مملوك لال الحرقه فاشترى الزبير اباهم فاعتقهم
وقال لاولاده انتسبوا الى فان ولاكم لى فقال رافع بن خديج الولا لى فاحتكموا الى عثمان فقضى
بالولا للزبير فاجمعت الصحابة عليه وهو المشهور من عثمان واما قولهم النسب لا يزول ولا
ينفسخ بعد ثبوته قلنا نعم ولكن حدث ولا اولى منه فقدم عليه كما في الاخ انه عصبه فاذا احدث
ابن لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم الابن عليه • اللعس سواد في الشفتين يستحسنه العرب • والحرقة
بضم الحا المهمله وفتح الرا المهمله لقب لبطن من جهينه • ومعنى قوله اعجبه ظرفهم اى ملاحتهم •
وقيل كياستهم • فمن كان هذا اللون فهو كيس عاده كذا في المبسوط والمغنى لابن قدامة والمغرب
قوله عليه الصلاة والسلم الولا لحمة كلحمة النسب اى تشابك ووصله كوصلة النسب لا يباع ولا

يوهب ولا يورث فالولا لا يورث عند جمهور العلما والفقها واصحاب الظاهر وقد شذ شريح
وقال بانه يورث كالمال عن المعتق فمن ملك شيا من الولا حال حياته فهو لورثته وكان يرى ابن المعتق
وبنته للذكر مثل حظ الانثيين وعن سليمان بن يسار انه كان مولى لميمونه فوهبت ولاها لابن عباس
وللجمهور قوله عليه الصلاه والسلم انما الولا للمعتق و**قوله** الولا لحمة كلحمة النسب والنسب
لا يورث فكذا الولا ولانه معنى يورث به فلا ينتقل كساير الاسباب ويحمل حديث ابن يسار ان
ميمونه وهبت لابن عباس ما اصابها من ولاية **قوله** كولد الملاعنة فان ولد الملاعنة
ينتسب الى امه قبل الاكذاب اما بعد اكذاب الملاعن نفسه ينسب الى الملاعن وان لم يكن الانتساب
اليه فكذا في مسلتنا و**قوله** بخلاف ما اذا اعتقت المعتده الى اخره يتعلق بقوله فاذا
صار اى الاب اهلا عاد الولا اليه يعنى اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من سته اشهر ثم اعتق الاب يجر ولا
ابنه الا في الامه المعتده عن موت او طلاق حيث يكون ولا الولد لمولى امه وان اعتق الاب لتعذر
اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان باينا فلحرمة
الوطى بعده واما اذا كان رجعيا فلانه لا يصير مراجعا بالشك وهذا لانه لو وطيه في العدة يصير
مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا
عند اعتاق الام فيعتق مقصودا فلا ينتقل وما وقع في بعض نسخ الهدايه فجات بولد لاكثر من ستة
من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لاقل من سنتين كما ذكر في بعض النسخ فانه
ذكر في المبسوط ايضا لاقل من سنتين او لتمام السنتين لان النسب ينسب الى سنتين ومن ضرورته
ان يكون العلوق قبل الطلاق فاما اذا جات لاكثر من سنتين فيكون الولد لمولى الام ويصير مراجعا جا
لتيقننا ان العلوق حصل بعد الطلاق وان كانت اقرت بانقضا العدة فاذا جات بالولد لاقل
من ستة اشهر بعد ذلك ولتمام سنتين منذ طلق فالولد مولى لموالى الام لانا علمنا بجازفتها في
الاقرار بالانقضا وهى حامل فيستند العلوق الى ابعد الاوقات فلا يصير مراجعا الا ان يكون جات
به لاكثر من سنتين منذ طلق فحينيذ يصير مراجعا لان اقرارها بانقضا العدة صار لغوا حين تيقنا انها
كانت حاملا يوميذ وكان الولا لموالى الاب لانا لم نتيقن بكون الولد موجودا في البطن حين عتقها
ولا يصير مقصودا بالولا لاجل ذلك فعلم مما ذكر في المبسوط ان الصحيح من النسخ اقل من سنتين
وما وقع في بعض النسخ اكثر من سنتين سهو من الكاتب والحاصل ان العتق متى ثبت قصدا في الولد
لا ينتقل ولاوه الى الاب ومتى ثبت بطريق التبعيه ينتقل ولا خلاف لجمهور العلما فيه **قوله**
مقصورا اى على زمان عتق الاب لان سببه وهو عتق الاب مقصور غير مستند الى وقت سابق فكذا
حكمه فلم يتبين ان قوم الاب قضوا دينا على موالى الاب فلهذا لا يرجع عاقله الام على موالى الاب
بشى **قوله** مستندا الى وقت العلوق لا من وقت الاكذاب فانه لا يتصور ان لا يكون عند
العلوق ولد لانسان ثم يصير ولدا له بعده فتبين ان النسب كان ثابتا من الاب حين جنى وان
موجب جنايته على عاقلة الاب واجبر عاقلة الام على القضا فيرجعون عليهم بذلك **قوله**
ومن تزوج من العجم وفي المغرب العجم جمع العجمى وهو خلاف العربى وان كان فصيحا وفي المبسوط
اذا كانت الامه معتقه انسان والاب مسلم نبطى لم يعتقه احد فالولد مولى لموالى الام وكذا ان كان
نبطى كافر ثم اسلم ووالى رجلا فعند ابى حنيفه ومحمد فيكون مولى لموالى الام وعند ابى يوسف في
الفصلين لا يكون الولد مولى لموالى الام ولكنه منسوب الى قوم ابيه لانه كالنسب والنسب الى الاباء
وان كان جانب الام اشرف بان كانت عربيه والاب عجميا الا ترى انه لو كان الاب حرا عربيا كان الولد

منسوبا الى قوم ابيه ولا يكون مولى الموالى امه وكذا اذا كان عجميا وفي المغني لابن قدامة اذا كان
الاب حر الاصل فالولد يتبعه ولا يكون عليه ولاء وهو قول اكثر اهل العلم سواء كان الاب عربيا او
عجميا وسواء كان مسلما او ذميا او مجهول النسب او معلومه وهو قول ابي يوسف ومالك وابن
سريج من اصحاب الشافعي قال ابن اللبان من اصحاب الشافعي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء
على ولده لموالي الام ان كانت مولاة وهو ظاهر مذهب الشافعي وبه قال القاضي الحنبلي وقيل
هذا قول ابي حنيفة ومحمد واحمد لكن ذكر في الحلية فان الاب حر الاصل والام معتقة لم يثبت الولاء
على الولد سواء كان الاب عربيا او عجميا وقال ابو حنيفة ان كان اعجميا ثبت الولاء على الولد وبناه على
اصله في جواز استرقاق عبدة الاوثان من العجم دون العرب فان كان الاب معتقا والام حرة
الاصل فهل يثبت الولاء على الولد فيه وجهان احدهما انه لا يثبت والثاني انه يثبت اما اذا كان
الاب مجهول النسب محكوما بحريته بالظاهر والام معتقة قيل يثبت الولاء على الولد لموالي الام قال
ابو العباس قياس قول الشافعي لا يثبت كما لو كان معروف النسب وقال ابن اللبان يثبت وهو
قول ابي حنيفة ومحمد واحمد لان مقتضى ثبوته لموالي الام موجود وانما امتنع في محل معروف للتعذر
بحرية الاب فاذا لم يكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول بالشك في
المانع وقلنا الاب محكوم بحريته ظاهرا اذ الاصل في بني ادم الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا
الاصل بالوهم في حق الولد فاشبه معروف النسب وهو قول ابي يوسف فقال ابو يوسف في
الفصلين ان الولد منسوب الى قوم ابيه وابوه حر له عشيرة وموالي بخلاف ما اذا كان الاب
عبدا فان العبد رقيق بجميع اجزائه وماؤه جزء منه فانما تثبت الحرية لمائه باتصاله برحمها فكان الولد
مولى لمواليها حتى يعتق الاب وهذا المعنى معدوم واذا كان الاب حرا ولهذا لو كان حرا عربيا يكون
الولد منسوبا الى قوم ابيه ولا يكون مولى لموالي امه بالاتفاق فكذا اذا كان عجميا لان العرب
والعجم في حرية الاصل سواء ولان الرق تلف حكما فاذا كان الاب عبدا يكون هالكا حكما فصار كانه
لا اب له فيكون الولد منسوبا الى موالي امه ضرورة وهذا معنى قول المصنف لانه هالك
معنى **قوله** قوي معتبر فانه ولاء نعمة حتى اعتبر الكفاءة فيه فالعجم لا يكون كفوا للعرب
ولهذا جوز ابطال حرية العجم بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكانت الحرية والنسب منهم
ضعيفا **قوله** فانهم اي العجم ضيعوا انسابهم ولهذا كان تفاخرهم بالاسلام بعد الاسلام وقبل
الاسلام يفاخرهم بعمارة الدنيا واليه اشار سلمان حين قيل لسلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام
لا اب لي سواه اذا افتخروا بقيس وتميم فاذا ثبت ضعف النسب في جانب الاب كان هذا كما
لو كان الاب عبدا سواء وكذا لو كان الاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة
ولاء العتاقة فوجوده كعدمه ولهذا يقبل ولاء الموالاة الفسخ دون العتاقة **قوله** وقع
اتفاقا **فان قيل** قوله والنسب في حق العجم ضعيف يؤذن بانهما يترجحان ولاء العتاقة
اذا كانت المعتقة معتقة العرب لان الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب في حق العرب قوي فكذلك
معتقهم يحكى حكاية النسب فكان قويا فيترجح حينئذ معتق العرب على العجم لا مطلق العتق **قلنا**
الضعف والقوة فيما اذا كان في جانب الاب حتى لو كان الاب عربيا والام معتقة انسان فالولاء
لقوم الاب بالاتفاق واما في جانب الام فالقوة بمجرد كونها معتقة على نسب ولهذا يظهر القوة
في العتاقة فان من له اب في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان في الحرية على ما مر في النكاح اما في
النسب ليس كذلك فان من له اب في الخلافة والامارة يكون كفوا لمن له ابوان فيهما فعلم انهما

ترجحا بمجرد ولاء العتاقة سواء كان معتق العرب او العجم على نسب العجم **قوله** والترجيح لجانبه
اي لجانب الاب لشبهه اي لشبه الولاء بالنسب او لان النصرة به اي بقوم الاب اكثر **قوله**
وولاء العتاقة تعصيب التعصيب جعل انسان عصبة ومنه قولهم والذكر يعصب الانثى اي يجعلها
عصبة كذا في المغرب **قوله** هو وفي بعض النسخ وهو اي مولى العتاقة اخر العصبات
ومقدم على ذوي الارحام وهو قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وعن ابن
مسعود تقدم ذوو الارحام على مولى العتاقة وروي عن عمر وعلي مثله لقوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وروي انه عليه الصلاة والسلام قال للمعتق في معتقه ان مات ولم يدع
وارثا كنت انت عصبته فقد شرط لتوريثه عدم الوارث وذوو الارحام ورثته ولانه عليه الصلاة
والسلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يتقدم عليه ولنا ما ذكر في الكتاب
من حديث ابن حمزة رواه ابن شداد وروى الحسن انه عليه الصلاة والسلام قال الميراث للعصبة
فان لم يكن عصبة فللمولى ولانه عصبة بالحديث فيكون مقدما على ذوي الارحام كابن العم **قوله**
هو اخوك من حيث الدين قال تعالى فاخوانكم في الدين فان شكرك اي بالمجازاة على ما صنعت اليه
فهو خير له لانه يثاب بمقابلة شكره لان شكر النعمة مندوب وشر لك لانه يصل اليك بعض الجزاء
في الدنيا فينقص بقدره من ثوابك في الاخرة وان كفرك فهو خير لك لان ثواب عملك كله في الاخرة
وشر له لان كفران النعم مذموم قال عليه الصلاة والسلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله **قوله**
بدليل الحديث الثاني وهو حديث ابنة حمزة **قوله** صاحب فرض ذو حال يعني باقي الميراث
بعد الفروض لمولى العتاقة لانه عصبة اذا لم يكن صاحب فرض ذو حال اي سوى حال الفرض حتى
لو كان الاب او الجد مثلا فان له حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة فالمعتق لا يرث مع وجودهما
بل الاب او الجد ياخذ الباقي بعد فرضه و**قوله** على ما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة
والسلام ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته والمراد بالوارث وارث عصبة كما ذكرنا
قوله دون بناته اي بنات المعتق حتى لو مات ولم يترك الا بنت المعتق فميراثه لبيت
المال لا لبنت المعتق في ظاهر الرواية ولكن بعض مشايخنا يفتون بدفع المال اليها في هذا الزمان
لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة وبيت المال في زمن الصحابة والتابعين ولهذا افتوا باعطاء
المال للابن او الابنة من الرضاع لا لبيت المال لعدمه كما افتوا اصحاب الشافعي بارث ذوي الارحام
في هذا الزمان لعدم بيت المال كذا في الذخيرة والمصفى وفرائض الافشنجي **قوله** ليس من
الولاء للنساء الا ما اعتقن الى اخره وقد مر ان الولاء لا يورث عند الجمهور الا ما اسند شريح في
انه يرث ويعطى لبيت المعتق من ميراثه وهذا خلاف اجماع الصحابة ومن بعدهم **قوله**
فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي ومالك والثوري والشعبي والزهري وابن المسيب
وعطا والحسن والحكم وقتادة واكثر الفقهاء وقال ابو يوسف واحمد والنخعي والاوزاعي وشريح
واسحق للاب السدس والباقي للابن لان الاب عصبة كالابن والابن والاب في القرب سواء فيكون
حكم الاب والابن سواء ولنا ان اقرب العصبة الابن ويقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث
المعتق بالنسب فكذا بالولاء **قوله** لانه اي الجد اقرب في العصوبة عند ابي حنيفة من
الاخ وهو قول ابي ثور وعند ابي يوسف واحمد ومحمد كلاهما سواء وبه قال الشافعي في قول
لانهما عصبتان فيكون الولاء بينهما نصفين كالاخوين وعن مالك ان المال للاخ وهو قول
من الشافعي وكذا روي عن زيد **قوله** وكذا الولاء لابن المعتقة دون اخيها وعليه

اجماع الصحابة والتابعين والفقها وما روى عن علي ان امراة ماتت وخلفت ابنها واخيها
او ابن اخيها ان ميراث مواليها لاخيها وابن اخيها دون ابنها فقد رجع علي الى قول الجماعه
يعني ماتت امراة اعتقت عبدًا وتركت ابنًا واخاها ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن
لانه اقرب وعقل جنايه المعتق على اخيها دون ابنها لما روى ان عليا والزبير بن العوام اختصما
في موالي صفيه بنت عبد المطلب فقال علي عمتي انا احق بهم واعقل عنهم وقال الزبير
هم موالي امي وانا ارثهم فقضى عمر بالميراث للزبير وبالعقل على علي وروى احمد بن حنبل
باسناده ان امراه اعتقت عبدا ثم توفيت وتركت ابنا واخا ثم توفي مولاها من بعدها
فاتى اخو المراه وابنها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه الصلاه والسلم
ميراثه لابن المراه فقال اخوها يا رسول الله لو جنى جنايه كانت علي وميراثه لهذا فقال
عليه الصلاه والسلم نعم **قوله** لان الولا للكبر اي لاكبر اولاد المعتق والمراد اقربهم منه
نسبا لا اكبرهم سنا الا ترى ان المعتق اذا مات وترك ابنين كبيرا وصغيرا ثم مات المعتق فالولا
بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب كذا ذكره شيخ الاسلام هو
المروي عن عدة من الصحابه اي ان الولا لاقرب النسب وغيرهم مثل ابن عمر واسامة بن زيد
وابو مسعود البدري وبه قال عطا وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي
والنخعي والزهري وقتاده وابن نشط والشافعي وملك واحمد والثوري وابو اسحق وابو
ثور وداود واصحابنا ولان الولا انما يستحق بالعصوبة لا بالفرض فيستحقه اقرب العصبات
اليه من حيث النسب لا الاكبر من حيث السن كولاية النكاح يستحق بالعصوبه فيستحقها الاقرب
الى المراة من حيث النسب لا الاكبر من حيث السن

فصل في ولاء الموالاة

وقدم ولاء العتاقه لانه اقوى وغير قابل للنقل في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاه فان
للمولى ان ينتقل فيه قبل العقل ولان ولاء العتاقه مجمع عليه وقد ذكرنا معنى الموالاه لغة
وتفسيره شرعا ما ذكره في الذخيره ان يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذي اسلم على يده او لغيره
واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر ولاءت
احكامه بمجرد الاسلام دون عقد الموالاه ذكره في الذخيرة وجامع التمرتاشي وفي المبسوط
الاسلام على يديه ليس بشرط لصحة العقد وانما ذكر على سبيل العادة وكذا الاسلام على يديه ليس
بكاف لثبوت ولاء الموالاه عند اكثر اهل العلم الا ما روى عن الروافض واحمد في روايه
وعن ابرهيم واسحق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد انه عليه الصلاة
والسلم قال من اسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه وعن تميم الداري انه قال يا رسول الله ما السنه
في الرجل يسلم على يدي رجل من المسلمين فقال عليه الصلاه والسلم هو اولى الناس بمحياه ومماته
رواه ابو داود والترمذي وقال لا اظنه متصلا ولانه احياه باخراجه من ظلمة الكفر
لان الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو كما لو احياه بالعتق وعلى هذا زعمت الروافض ان الناس
موالي علي واولاده فان السيف بيده واكثر الناس اسلموا من هيبته وفي المبسوط وهذا باطل
لانه تعالى هو الذي احياه بالاسلام ومن عرض عليه الاسلام انما هو نايب عن الشرع فيكون
هو كغيره في حق الله تعالى واين لهم هذا التحكم فان عليا كان صغيرا حين اسلم كبار الصحابة بل
ابو بكر وعمر كانا مقدمين عليه في امور القتال ولكن الروافض قوم بهت وبنا مذهبهم على الكذب
وما رووا من الاحاديث ضعيف وقد روي في حديث تميم الداري اسلم على يد رجل ووالاه

قوله وقال الشافعي الموالاه ليس بشي وبه قال ملك واحمد وهو قول الشعبي لان فيه
اي التورث بعقد الموالاه ابطال حق بيت المال وذلك لان الارث اما بالقرابه او بالزوجيه
بالنص او بالعتق بالحديث ولم يوجد منها وعند عدم الوارث يكون لبيت المال وفي عقدهما الموالاة
ابطال حق بيت المال فكان تصرفا قصد به تغيير وضع الشرع فلا يصح ولهذا لا يصح على الورثة
فكذا على بيت المال لانه بمنزله الورثه عند عدمهم ولهذا لا يصح الوصيه بكل المال عنده اي عند
الشافعي وان لم يكن للموصي وارث لما فيه ابطال حق بيت المال وانما يصح في الثلث بوين قوله
عليه الصلاه والسلم انما الولا لمن اعتق فقد انحصر الولا على العتق ولنا قوله تعالى والذين عاقدت
ايمانكم فاتوهم نصيبهم اي من الميراث والمراد به الموالاه وليس المراد بقوله عاقدت ايمانكم القسم
بل المراد الصفقه اذ المعتاد ان المتعاقدين ياخذ كل واحد منهما بيمين صاحبه اذا عاقده ويحتمل ان
المراد عقدت اقسامكم اي حالفتم لانهم كانوا يتحالفون على الولا ويسمون حليفا ولم ينسخ هذا
النصيب بايه الميراث لان المولى لا يرث الا بعد العصبة والرحم فلا ينع بينهما تعارض ولا تناسخ ولان
الارث على الترتيب في الورثه انما وجبت مراعاة لحق الميت لانه لا يدري ايهم اقرب فتولى الله ذلك
البيان بنفسه وواجبه بالترتيب الذي ذكره في الفرايض حقا له واذا كان كذلك جاز ان يضاف
الى الميت حق البيان فيما لم يتول الله بيانه وهذا الولا اثبات الموارثه من قبله بسبب كالوصيه فالشارع
جعل الوصيه سببا للتورث فهذا في معناها ولهذا لم ينفذ الا بعد عدم الورثه كما لا ينفذ الوصيه
بما زاد على الثلث لفوت حق الورثه **قوله** وسئل رسول الله عليه الصلاة والسلم والسائل
تميم الداري فانه قال سالت رسول الله الى اخره على ما هو المذكور في الكتاب وعن عمر وعلي
وابن مسعود وابن عباس انهم قالوا بالتورث بالموالاه ولم يرو عن غيرهم خلافه فحل محل الاجماع
وقولنا قول النخعي وحماد والحكم في الحالين اي بحياه عقلا وفي مماته ارثا و **قوله** والصرف
الى بيت المال ضروره عدم المستحق جواب عن قول الشافعي ان فيه ابطال حق بيت المال يعني الصرف
الى بيت المال لعدم المستحق لا لانه مستحق **قوله** لانه بالالتزام اي الارث او العقل بالالتزام
فلا يصح بدونه والالتزام يحصل بالشرط لولا الموالاه شرايط منها ان يشترط الميراث والعقل
لان عقد الولا يقع على ذلك فلا بد من ذكره ويتوارثان من الجانبين لانه بالشرط بخلاف ولاء العتاقه
فان الاعلى يرث من الاسفل دون العكس لان سببه الاحيا وذا يوجد من الاعلى في حق الاسفل ولا
يوجد من الاسفل في حق الاعلى ومن شرطه اي من شرط الولا الموالاة ان لا يكون المولى من العرب
لان العرب له نصره بنسبته الى قبيله وذا اكد من نصره الموالاه لانه لا يلحقه الفسخ والاسلام
على يده ليست بشرط وكذا مجهول النسب عند البعض وذكر في التيسير في تفسيره في سوره النسا ان كونه
مجهول النسب شرط وهكذا ذكر في المحيط ومن شرطه العقل حتى لو اسلم على يد صبي ووالاه
فلا يصح لان الصبي ليس من اهل النصره وليس من اهل الالتزام ايضا وكذا لو والى رجل عبدا لم
يجز الا ان يكون باذن المولى لانه عقد التزام بالنصره والعبد لا يملكه بنفسه الا باذن سيده وبالاذن ذن
لا يكون عقده كعقد مولاه ولو والى صبيا باذن ابيه او وصيه يصح لان عبارته اذا كان يعقل
معتبره في العقود باذن وليه فيصح عقد ولايه كالبيع كذا في المبسوط وفي ولاء المكاتب روايتان
في روايه يصح ويكون ولاء لمولاه وفي روايه لا يصح لانه عبد ذكره في المحيط **قوله** الا انه
يشترط في هذا اي في فسخ عقد الموالاه **قوله** كما في عزل الوكيل فان عزل الوكيل بدون
علمه يجوز ضمنا لا قصدا فكذا عقد الولا ينفسخ بدون العلم ضمنا لا قصدا ولا يقال في عزل الوكيل

قصد استقرار الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الوكيل وههنا
لم يتضرر احد لانه قبل اداء العقل لانا نقول مجرد فسخ عقد العقد بالتزامه ضرر في حقه وهو التزام
الفسخ في حقه فلا يكون الا بمحضره وكان نظير خطاب الشرع فانه لا يظهر حكمه في حق من لا يعلم
كذا في المبسوط ولان في فسخ احدهما بغير علم الاخر اضرار بصاحبه اما اذا كان الفسخ من الاسفل
فلانه ربما يموت فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واذا
كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان ان عقل عبيده على مولاه ولو
ولو صح فسخ الاعلى يجب العقل على الاسفل به وزعله يتضرر كذا في الذخيره **قوله** لانه
اى عقد الاسفل مع غيره فسخ حكمي لان اسقاط العقد في حق الاول ضروره صحة العقد مع
الثاني فصار كالعزل الحكمي في الوكاله وانما تجعل صحة العقد مع الثاني فسخا للعقد الاول
ضرورة لان الولاء كالنسب والنسب اذا ثبت من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذا الولاء
كذا في المبسوط **قوله** وكذا لا يتحول ولده اى بعد الكبر الى غيره لان ولاء الاب
تاكد بعقل الجناية فتاكد البيع بتاكد الاصل فكما ليس للاب ان يتحول بعد ما عقل فكذا ليس
لولده ذلك اذا كبر كذا في المبسوط **قوله** لانه لازم اى ولاء العتاقة لازم لا يحتمل
النقض لان سببه العتق وهو لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب واذا لم يبطل فلا يفيد
عقد الموالاة لان الموالاة ادنى فلا يظهر مع الاقوى الا ترى ان ولاء العتاقة والموالاة
اذا كانا في شخصين يقدم ولاء العتاقة في الارث فدل انه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة
ولو والت امراة رجلا فولدت ولدا لا يعرف ابوه يدخل الولد في ولائها سما وكذا ان
اقرت انها مولاة فلان وفي يدها طفل لا يعرف ابوه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا
يثبت ولاء ولدها من مولاها في الصورتين لان الام لا ولاية لها في ماله ففي نفسه اولى
وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الطفل الذي لم يدر ابوه فتملكه الام كقبول
الهبة وفي المحيط والى ذمي مسلما او ذميا جاز وهو مولاه ولو اسلم على يد حربي ووالاه
هل يصح لم يذكره في الكتاب واختلفوا قيل يصح وقيل لا يصح رجل والى رجلا ثم ولد له ولد
من امراه والت آخر فولاء الولد لمولى الاب وكذا ان والت وهي حبلى بخلاف ما اعتقت
وهي حبلى فولاء الولد لمولى امه كما ذكرنا والله اعلم

كتاب الاكراه

قيل عقب الولاء بالاكراه لمناسبة ان الاكراه لا يؤثر في سببه وهو العتق او
لانه لما عقب ولاء العتاقة بالموالاة لقوته شرع في الاكراه لمناسبة بينهما وهو ان الموالاة
عقد يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل والاكراه يغير حال المخاطب وهو المكره من حرمة
المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم المراد من بيان الاكراه والغصب والجنايات بيان
احكامها اذا وقعت ومحاسن حكم الاكراه ظاهرة اذ فيه بيان غاية رافة الله تعالى على عباده
حيث لا يواخذه بسبب الاكراه الصادر من غيره ولهذا جعل مباشرة ما اكره عليه من
الحل الاصلي في بعض المواضع حتى ياثم بتركه وان كانت من المحظورات ثم الاكراه لغة مصدر
اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح اسم منه وشرعا اسم لفعل يفعله
المرء بغيره فينتفي به رضاه ثم يفسد به اختياره ان كان ملجيا والا لا يفسد فلا يزول به اهلية
المكره ولا يسقط عنه الخطاب لما انه مبتلى الا ترى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة
ويأثم مره ويؤجر اخرى والابتلاء يحقق الخطاب كذا في المبسوط وفي الايضاح هو فعل يوجد من

المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وفي الوافي هو عبارة
عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضا وشرطه قدرة
المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان او لصا والذي قال ابو حنيفه انه لا يتحقق الا من السلطان
لان القدره له لمنعته فقد قالوا الى اخر ما ذكر في الكتاب وشرطه خوف المكره ايضا كما ذكر في
المتن قيل قد ابتلي محمد بتصنيف هذا الكتاب فان ابن سماعه حكى انه لما صنف هذا الكتاب سعى
بعض حساده عند الخليفه وقال انه صنف كتابا وسماك لصا فاغتاظ الخليفه وامر باحضاره
فاتاه الشخص وانا معه فادخله على الوزير اولا في حجرته فعاتبه الوزير في ذلك وانكر محمد
اصلا فلما علمت السبب اسرعت الرجوع الى بيت محمد وتسورت على حائط بعض الجيران لانهم
كانوا سمروا على بابه فدخلت داره ففتشت حتى وجدت كتاب الاكراه فالقيته في جب
الدار لان الشرط احاطوا بالدار قبل خروجي منها فلم يمكنني ان اخرج فاختفيت في موضع حتى
دخلوا وحملوا كتبه الى دار الخليفه بامر الوزير ففتشوه ولم يجد واشيا مما ذكره الساعي فندم
الخليفه واعتذر اليه ورده بجميل فلما كان بعد ايام اراد محمد ان يعيد تصنيف الكتاب فلم
يجبه خاطره الى مراده فجعل ياسف على ما فاته من هذا الكتاب ثم امر بعض وكلائه ان ياتي
بعامل ينقي البير لان ماءها قد تغير فلما نزل العامل في البير وجد الكتاب على اجرة او حجرتنا
من طي البير فسر محمد بذلك وكان يخفي الكتاب زمانا ثم اظهره بعد فعد هذا من مناقب محمد
قوله توعد به اي خوفه كذا في الديوان **قوله** بالحبس اى بالحبس المديد فان حكم
الحبس يوم سيجي فباع واشترى فهو بالخيار اعلم ان تصرفات المكره كلها قولا منعقدة عندنا
خلافا لزفر والائمه الثلاثه الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة تفسخ وما لا يحتمل الفسخ
كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد والنذر فهو لازم عندنا خلافا للائمه الثلاثه
قوله صاحب منصب اى ذا جاه يعلم انه يستضر به كالقاضي وعظيم البلد فان مطلق
القيد والحبس اكراه في حقه حتى لو توعد به الاستخفاف وهو رجل وجيه كان ذلك اكراها
وبه قال بعض اصحاب الشافعي ومالك واحمد في رواية وقال في رواية الوعيد ليس باكراه
وعن شريح القيد والوعيد اكراه والضرب والشتم تختلف باختلاف احوال الناس وفي
المبسوط والحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به وفي الضرب ما يجد به الالم
الشديد ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما راى انه اكراه ابطل اقراره به
لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس وفي الذخيره ضرب سوط وحبس يوم حتى لو ضربه
سوطا او حبسه يوما يكون مكرها قياسا وفي الاستحسان لا يكون ويكون الاقرار طايعا اذ الانسان
لا يلتزم ضررا الف درهم بحبس يوم او قيد يوم فيرجح جانب الطواعيه في هذه الصورة قال
محمد وليس في ذلك تقدير بل ذلك على حسب ما يرى الامام لان احوال الناس في ذلك متفاوته
فالشرفا والاجلة من العلما والكبرا يستنكفون عن ضرب سوط وحبس يوم اكثر مما يستنكف غيرهم
عن ضرب اسواط ولهذا مال بعض مشايخنا ما ذكر من الجواب في اوساط الناس وفي حق السوقة
حتى لو كان من اشراف الناس لو عرك اذنه في مجلس السلطان يكون مكرها **قوله** وعند
زفر لا يثبت اى الملك لانه موقوف وبيع الموقوف قبل الاجارة لا يفيد الملك كما لو باع بشرط
الخيار وسلم الى المشتري فانه لا يمكنه القبض فكذا ههنا وكذا عند الائمه الثلاثه الا ان عندهم
لا يكون موقوفا بل باطل **قوله** الا انه لو اجاز جاز اى البيع عند زفر ايضا وعند الائمة

الثلاثة لان البيع الباطل لا يتوقف عندهم على الاجازة **قوله** كسائر الشروط المفسدة
يعني الرضا شرط بالنص لصحة البيع وقد فات فكان انعدامه كانعدام المساواة في الاموال الربوية
التي هي شرط جواز العقد وسبب الملك للمشتري بالقبض وهذا مثله **فان قيل** لو كان
بمنزلة البيع الفاسد ينبغي ان لا يعود جائزا في الاحوال كلها كما لو باع درهما بدرهمين واشباهه
وهذا البيع يعود جائزا في اي وقت اجازه فكان نظير الموقوف لا نظير الفاسد **قلنا** بيع المكره
يشبه الموقوف من حيث انه صدر بدون رضا المالك ويشبه الفاسد من حيث عدم شرط جوازه
فلشبهه بالموقوف يعود جائزا في اي وقت اجازه ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد
بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانا متى اظهرنا شبه الموقوف في حق المالك
ولم يوجب الملك بعد القبض لا يبقى لشبهه الفاسد عمل فيتعطل شبه الفاسد **فان قيل**
بيع المكره دون البيع بشرط الخيار اذ البايع هناك رضي بسببه دون وصفه وهو اللزوم وهنا
البايع غير راض باصل السبب **قلنا** البايع بشرط الخيار غير راض بالسبب في الحال لانه
علقه بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله فلا يتم رضاه قبل الشرط فكان اضعف من بيع المكره
لان المكره راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا لانه عرف الشرين
واختار اهونهما فكان قاصدا مختارا لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه **قوله** تصرفا لا ينقضه
كالتدبير والاستيلاد جاز اي تصرف المشتري وكذا الحكم في الهبة فيلزمه القيمة اي يلزم المشتري
القيمة وفي الذخيرة المالك بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته يوم سلمه الى المشتري والموهوب
له وان شا ضمن المشتري والموهوب له وفي المبسوط والكافي البيع بشرط الخيار يمنع ابتداء الحكم
فلا يمكن القول باثبات الملك فيه وهذا العقد وقع مطلقا وقضيه مطلق العقد ان يثبت
الملك الا انه لما كان فاسدا يتوقف على القبض **قوله** فانه ينفذ بالاجازة قلنا نفاده
باعتبار شرط المفسد وهو عدم الرضا بسبب الاكراه فاذا ارتفع بوجود الرضى نفذ العقد
الا ترى انه لو اجاز بيعا باشره غيره ينفذ فاذا اجاز بيعا باشره بنفسه اولى الا انه لا ينقطع به
حق استرداد البايع وان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك بخلاف ساير البيوع الفاسدة
فانه لو اشترى شرا فاسدا باجل او خيار مجهول وباع من آخر لم يكن للبايع الاول حق النقض
لان وجوب النقض لحق الشرع فاذا اشتراه غيره تعلق به حق المشتري فقد اجتمع حقان حق
الشرع وحق العبد فقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع فاما هاهنا فالرد لحق العبد وقد استويا
فيه فلا يبطل حق الاول لحق الثاني وفي الذخيرة البيع حصل بتسليط البايع الاول في البياعات
الفاسدة وهاهنا ما حصل بتسليط المكره **قوله** ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا
فاسدا الى آخره اراد به بيع الوفا صورته ان يقول البايع للمشتري بعت هذا منك بما لك علي
من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي من المشايخ من جعله فاسدا باعتبار شرط الفسخ في
البيع فجعله كبيع المكره فيملكه اذا اتصل به القبض وينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد
باعتبار فوت الرضا فصار كبيع المكره وهكذا اتفق مشايخ زماننا وعليه الفتوى ومنهم اي من
المشايخ من جعله اي بيع الوفا رهنا كالقاضي الامام السيد الشجاع السمرقندي والقاضي
علي السعدي والقاضي الامام الحسن الماتريدي وشيخ الاسلام عطا ابن حمزة وغيرهم باعتبار
ان غرض العاقدين الرهن والاستيثاق بالدين ولهذا يقول البايع لكل من يلقاه قد رهنت ملكي
عند فلان والمشتري يقول قد ارتهنت ملك فلان والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ كالكفالة

٢٤١

بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة فحينئذ لا يملكه ولا ينتفع
الا انتفاع به الا باذن المالك وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من غصنه والدين ساقط بهلاكه
في يده وفيه وفا بالدين اعتبارا بالهازل وثم اذا تواضعا باصله ثم اتفقا على البنا فان البيع
منعقد لان الهازل مختار راض بالمباشرة للسبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار
الشرط مؤبدا فالعقد فاسد غير موجب للملك ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جايزا قال الامام
نجم الدين النسفي اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعا كان عليه بعض السلف لانهما تلفظا
بلفظ البيع والعبرة للملفوظ دون المقصود كمن تزوج امراة يقصد ان يطلقها بعد ما جامعها
صح العقد يعني لم يكن متعة كذا في الفصول للاسروشني وذكر في فتاوى قاضي خان والامام
ظهير الدين والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان كانا
ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا وتلفظا البيع بشرط الوفا او تلفظا بالبيع
الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك اي فاسد وان ذكرا البيع من غير
شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفا بالميعاد لان المواعيد قد تكون
لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس **قوله** مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع
دون البعض وهو البيع **قوله** حيث يكون الهبة باطلا اي فاسدا فانه ذكر في المبسوط
ثم بسبب الاكراه تفسد الهبة ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض كالهبة
الصحيحة بنا على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فاذا اعتقها او دبرها
او استولدها نفذ لانه في ملكه وعليه ضمان قيمتها **قوله** لان مقصود الاكراه في
بعض النسخ مقصود المكره وهو الاصح ما يتعلق به الاستحقاق ليتضرر به المكره لا صورة العقد
والاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض فلم يكن الاكراه على البيع اكراها على الاقباض
وكان الدفع عن اختيار منه وهذا دليل الاجازة اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق به الاستحقاق
من غير قبض وكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على
شي يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به كذا في الايضاح **قوله** فان قبضه
اي الثمن مكرها وعليه رده اي رد الثمن ان كان قايما في يده لان الثمن امانة عند المكره لانه اخذه
باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه
للتملك لانه كان مكرها على قبضه فكان امانة لانه اي المبيع مقبوض بحكم العقد الفاسد فكان
مضمونا عليه بالقيمة **قوله** وللمكره بفتح الرا ان يضمن المكره بكسر الرا لانه اي المكره
آلة له اي للمكره فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان المتكلم بلسان
الغير لا يصح فكانه اي المكره دفع مال البايع باداء الضمان لان المضمون يصير ملكا للضامن وقت
سبب الضمان وان ضمن المشتري اي من الغاصب وفي الكافي فان ضمن احد المشترين وقد تناسخته
العقود اي تداولته نفذ كل شرا كان بعد شرايه ولا ينفذ ما كان قبله اي قبل شرا المشتري او
قبل الضمان فعاد الكل جايزا لان اجازته اسقاط منه لحقه في استرداد المبيع فاما المبيع من كل
مشتر انما كان في ملكه لنفسه ولكن توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ والاجازة تسقط
حقه فنفذ البيوع بخلاف ما لو اجاز المالك في بيع الفضولي واحدا من الاشرية حيث تجوز
ما اجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة
فابطل الملك الموقوف لغيره وهنا كل واحد باع ملك نفسه اذ بيع المكره يفيد الملك عند

القبض والمانع من نفوذ الكل حق اسيره اذا المالك فاذا سقط حقه نفذ الكل اليه اشار في المبسوط
فصل لما ذكر حكم الاكراه في حقوق العباد شرع في بيان حكمه في حقوق الله
تبارك وتعالى وقدم حقوق العباد لما ان حق العبد مقدم لحاجته **قوله** بضرب او
قيد لم يحل له اراد بالضرب الضرب الخفيف الذي لا يخاف منه تلف نفس وتلف عضو وفي المبسوط
كل ضرب لا يخاف منه تلف نفس او عضو في اكبر الراي لا يحل له لان غالب الراي يقام مقام
الحقيقة لا طريق الى معرفته حقيقة وقد قال بعض العلما في ذلك ادنى الحد اربعين حتى لو هدد
بما قل من اربعين منها لم يحل الاقدام على ذلك لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير والتعزير
يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا ولكنا نقول نصب المقدار بالراي لا يكون ولا نص في التقدير
ههنا واحوال الناس تختلف به في الضرب فلا طريق سوى رجوع المكره الى غالب رايه فان
وقع غالب رايه انه متلف نفسا او عضوا حل له الاقدام والا لا وفي الذخيرة ولو هدد بضرب
سوط او سوطين فهو لا يعتبر الا ان يقول لاضربنك على عينيك او على المذاكير **قوله**
انما يباح عند الضروره فانه تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله الا ما اضطررتم
وقال تعالى فمن اضطر في مخمصة وباجماع العلما الضرورة كما تتحقق بالمخمصة تتحقق بالاكراه
قوله فهو آثم اي في ظاهر الرواية وكذا هذا فيمن اصابته مخمصة وبه قال الشافعي
في الاصح ومالك واحمد في رواية **قوله** وعن ابي انه لا يحنث وبه قال الشافعي في قول
واحمد في رواية وكذا الخلاف فيمن اصابته مخمصة وهذا الخلاف فيما اذا علم انه يسعه
تناول هذه الاشيا في هذه الحالة اما اذا لم يعلم نرجو ان لا ياثم لانه قصد به التحرز عن ارتكاب
المحرم بزعمه ذكره في الذخيره ووجه المتن ان الاصل عند ابي يوسف ان الاثم ينتفي عن المضطر
ولا ينكشف الحرمة بالضرورة قال تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال تعالى
فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة لصفة انها ميتة او
خمر وبالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا ياثم لانه تمسك
بالعزيمة ووجه ظاهر الرواية حرمة هذه الاشيا مقيدة بحالة الاختيار ولا ينكشف حالة الضرورة
وذلك لانه تعالى قال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فقد استثنى حالة
الضرورة عن التحريم والاستثنا من التحريم اباحة وتحصيل الكلام عبارة عما ورا المستثنى وقد
كان مباحا قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة فثبت الاباحة حالة الضرورة
فالامتناع من تناوله كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى مات فياثم لانه القى بنفسه في
التهلكة واما صفة الميتة والخمرية توجب الحرمة لمعنى الرفق بالمتناول وهو ان يمنعه من
استعمال عقله بشرب الخمر ويصده عن ذلك وكذا في الميتة والخنزير لما عرف ان للغذا اثرا في
الخلق وتعدي صفة الدميه والرفق ههنا في الاباحة لان اتلاف البعض اهون من اتلاف
الكل وفي الامتناع عن التناول اتلاف الكل فثبتت الاباحة لهذا المعنى وكذا لو اوعد بقطع
عضوه لان حرمة الاعضا كحرمة النفس تبعا لها كذا في المبسوط **قوله** اجري واولي اي اولي
ان لا يكون اكراها واما ما روى ابن مسعود انه قال ما من كلام اتكلم به يدرا عني ضربتين بسوط
عند ذي سلطان الا كنت متكلما به فانما هو منه على طريق بيان الرخصة فيما فيه الالم الشديد وان
كان سوطين فاما ان يقال ان السوطين اللذين لا يخاف منها التلف موجب الرخصة في اجرا كلمة الكفر
فلا يظن ذلك بعبد الله وانما يحمل منه على سبيل المثل لبيان الرخصة عند خوف التلف وقيل

السوطان في حقه كان يخاف منه التلف لضعف بنيته وقد كان بهذه الصفة وهو مشهور كذا في المبسوط
قوله تورى التورية ان يظهر خلاف ما يضمره وفي الحديث انه عليه الصلاة والسلام كان
اذا اراد السفر ورى بغيره وفي الصحاح يقال وريت الخبر اذا سترته واظهرت غيره وقوله
عليه الصلاة والسلام ان عادوا فعد اي ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب لا الى
اجرا كلمة الكفر اذ لا يجوز منه عليه الصلاة والسلام الامر باجرا كلمة الكفر كذا في مبسوط شيخ
الاسلام وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر الهتهم بخير غلط لما ذكرنا انه لا
يجوز له الامر بالتكلم بكلمة الكفر **قوله** لان خبيبا الى اخره وقصته ان المشركين اخذوه
وباعوه من اهل مكة فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر الهتهم بخير ويسب محمدا وهو يسب الهتهم
ويذكر محمدا بخير حتى قتلوه فقال عليه الصلاة والسلام هو رفيقي في الجنة كذا في شرح الاقطع
ويعرف بهذا ان المثل المذكور في الكتاب بقوله وقال في مثله صلة او عبارة عن الذات
قوله بخلاف ما تقدم اشارة الى مسالة الاكراه باكل الميتة وشرب الخمر **فان قيل**
كما استثنى حالة الضروره في الميتة استثنى في اجرا كلمة الكفر حالة الاكراه الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان فينبغي ان يكون الاجرا مباحا ايضا **قلنا** الاستثنا في قوله الا من اكره
استثنا من الغضب فمعنى لا غضب ولا يلزم من انتفايه انتفا الحرمة فكان رخصة وفي
الكشاف من كفر بالله شرط مبتدا وحذف جوابه لان جواب من شرح بالكفر صدرا دال
عليه كانه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الا من اكره ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم
غضب من الله وفي التيسير الاية على التقديم والتاخير تقديره الكافرون بالله لا زمن ههنا
بالجمع لانه جنس يحصل بالجمع بعد ايمانهم هم به الشارحون لقبول الكفر واعتقاده صدورا
فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره على الكفر فانه لا يستحق غضب الله
والعذاب العظيم **قوله** فيما يصلح آلة له هذا احتراز عن الاكل والوطي فان المكره
لا يصلح آلة فيهما اذ الاكل بفم الغير والتكلم بلسان الغير لا يتصور **قوله** والاتلاف
من هذا القبيل اي من قبيل ان يصلح آلة بان ياخذه ويلقيه على مال الغير فيتلفه **قوله**
لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما اذ دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه
في ذلك سوا فسقط حق المكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض بخلاف ما اذا صبر على اتلاف
مال الغير فان دليل الرخصة قائمة وحرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل وقاية
له ولكن اخذ مال الغير واتلافه ظلم وعصمة صاحبه باقية فيه فبقي حراما في نفسه لبقا دليله
فيكون رخصة اذ الرخصة ما يستباح مع قيام المحرم فاذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لدفع
الظلم ولاقامة حق محترم فصار مثابا شهيدا ولو اكره بالضرب والحبس لا يسعه ذلك لانه
لا يوجب الالجا **قوله** والقصاص على المكره بكسر الراء اي الامر ان كان عمدا وهو
قول ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشافعي في قول وفي النهاية سوا كان الامر عاقلا بالغا او معتوها
او غير بالغ فالقود على الامر كذا في المبسوط في باب تعدي العاقل من الاكراه واورد سوالا
فقال **فان قيل** لو كان المكره بمنزلة الالة للمباشر في القتل والمكره المامور آلة له لوجب
ان لا يجب القصاص على الآمر فيما اذا كان صبيا او معتوها لان انتقال فعل المكره اليه لا يكون
اقوى من مباشرته بنفسه وفيما باشر الصبي العمد لا يجب القصاص عليه وقد ذكر في المبسوط
ان القصاص يجب على الصبي اذا امر غيره بالقتل كما نقلنا من المبسوط **قلنا** لما انتقل فعل الما

الى الامر اسفل مع وصفه من العقل والبلوغ فصار ذلك بمنزلة جناية الامر بيد المامور في احكام القتل فكذلك لم يعتبر عقل الامر وبلوغه بخلاف ما لو باشر بنفسه لانه لا واسطة هنا فلا يوجد وصف العقل والبلوغ اليه اشار في المبسوط قال شيخي العلامة مولانا علاء الدين عبد العزيز رحمه الله ما نقله صاحب النهاية عن المبسوط سهو فانه ذكر في هذا الباب اذا عرفنا هذا فنقول سوا كان المكره عاقلا بالغا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على المكره لان المكره صار كالالة والعقل والبلوغ غير معتبر في حق الالة وانما المعتبر تحقق الالجا فعلم ان قوله سوا كان المكره بالغا او معتوها بفتح الرا لا بكسرها والدليل الذي ذكره ينادي عليه فتوهمه الشارح بكسر الرا وذلك غير سديد يؤيده ما قال ابو اليسر في مبسوطه ولو كان المكره صبيا او مجنونا لا يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه وذكر الحلواني في مبسوطه ولو كان المامور مختلط العقل او صبيا يجب القصاص على المكره الامر لان فعل القاتل ينقل اليه فيكون الصبي والبالغ في حقه سوا فعلم بهذا ان ايجاب القصاص على الصبي الامر سهو وما ذكره من الفرق بين المباشر والامر غير مسلم لان المنتقل الفعل ووصفه من العمد والخطا لا وصف القايل من العقل والبلوغ الا ترى ان المامور لو كان صبيا او معتوها لا ينتقل وصف الصبا والعته اليه حتى لا يجب القصاص على المكره احتيالا للدرء في القصاص **قوله** واليه اشار في المبسوط سهو ايضا لانه ذكر ذكر فيه عقيب تلك المسئلة وان كان الامر غير بالغ لكنه مطاع يتحقق منه الاكراه او كان مختلط العقل ولكنه يتحقق منه الاكراه فان الفعل يصير منسوبا اليه ويكون ذلك بمنزلة جنايته بيده في احكام القتل فالضميران يرجعان الى الامر الذي هو الصبي والمعتوه فظن ان الضمير في بيده يرجع الى المامور حيث قال فصار ذلك بمنزلة جناية الامر بيد المامور وهو سهو بدليل ما ذكرنا بل معناه ويكون ذلك بمنزلة جنايته بنفسه **قوله** وقال الشافعي يجب عليهما وبه قال مالك واحمد وزفر في رواية وعن زفر انه يجب على المكره المامور فقط لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وهو ظاهر وعيان ومن انكر الحس لا يعبا به وكذا شرعا فانه تقرر عليه حكمه وهو الاثم بالاجماع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير كما ذكره في الكتاب فاذا وجد الفعل منه حقيقة وحسا وشرعا يكون القصاص عليه اذ القصاص يجب على القاتل ولهذا يتمسك الشافعي في وجوب القصاص على المكره منه اي من المكره الامر حيث احدث فيه معنى كان حاملا له على القتل وللتسبيب في هذا اي في القتل في وجوب القصاص حكم المباشرة عنده اي عند الشافعي كما في شهود القصاص يعني لو شهدوا بالقتل العمد حتى اقتص القاتل ثم رجع الشهود او جا المشهود بقتله حيا يقتل الشهود عند الشافعي وهذا لان حكمة وجوب القصاص الزجر والردع والقتل غالبا يقع بالاكراه من المتغلبة والاكابر فلو لم يوجب القصاص لانسد بابه في موضع تكون الحاجة الى ايجابه الزم **قوله** نظرا الى التاثيم فان المكره القاتل ياثم بالاجماع نظرا الى الحمل اي حمل المكره عليه وصار مدفوعا الى القتل ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت الشبهة في الجانبين فلا يجب القصاص **قوله** محمول على القتل بطبعه لانه جبل على حب حياة نفسه وايثارها على حياة غيره فيفسد اختياره ملحق بالالة التي لا اختيار لها وينسب الفعل الى من افسد اختياره وحمله على هذا الفعل كالسيف يقطع بطبعه والفعل منسوب الى الضارب فيكون المكره الة كالسيف فيما يصلح الالة وهو القتل فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة الا ترى الى قوله تعالى يذبح

قوله م

ابنائهم فقد نسب الذبح الى اللعين وما كان يباشر صورة ولكنه يامر به وامره الاكراه ولا يصلح الة في الجناية على دينه لان القتل من حيث انه موجب الماثم جناية على دين القاتل لانه انما اكرهه ليجني عليه دينه فلو اضيف اليه لصار جناية على دين المكره وفيه بطلان الاكراه فبقي الفعل من حيث كونه جناية على دينه مقصورا على المكره ومن حيث الاتلاف منقولا الى المكره لانه يصلح الة له كما في الاكراه على الاعتاق ينقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يجب الضمان على المكره ومن حيث الاعتاق بقي مقصورا على المكره حتى يكون الولاء له وصار كاكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فانه يصير الة من حيث الاتلاف ولم يصر الة من حيث الذكاة حتى لا تحل تناوله **قوله** في الكتاب وصار كاكراه المجوسي من قبيل اضافة المصدر الى المفعول لان المجوسي مكره وقد صرح به في الايضاح وهو كما لو اكره مجوسيا على ذبح شاة الغير **فان قيل** لو كان المامور محمولا على القتل بطبعه لايثار حياته ينبغي ان يسقط القصاص عمن اصابته مخمصة وقتل انسانا واكل لحمه حتى يبقى حيا لانه مضطر في دفع الهلاك عن نفسه بقتل الغير كالمكره وحيث يجب القصاص فما الفرق **قلنا** هذا الذي تشبث به زفر وانما اسقطنا القصاص عن المكره لانه ملجا من جهة الغير وصار الة له فاما المضطر غير ملجا الى القتل من جهة غيره حتى صار بمنزلة الالة ولهذا يجب الضمان عليه في المال فعلم ان حكم الفعل مقصور عليه في المخمصة **قوله** خلافا للشافعي وبه قال مالك واحمد وقد مر في فصل طلاق المكره والسكران وفي فتاوى قاضي خان اكره بوعيد القتل على الطلاق والعتاق فلم يفعل حتى قتل لا ياثم كما لو اكره على اتلاف مال نفسه فلم يتلف كان شهيدا فكذا في الامتناع عن ابطال ملك النكاح فله ان يضمنه اي فللمكره المامور ان يضمن الامر موسرا كان او معسرا لان وجوب الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف فيكون ضمان جبران فلا يختلف باليسار والاعسار **قوله** لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة فان المستسعى كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان السعاية عندهما لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظير له في الشرع لتعلق حق الغير اشاره الى عتق المريض عبده وعتق الراهن عبده المرهون فانه تجب السعاية على العبد فيهما ان كان معسرا لتعلق حق الغير به وفي الذخيره مسئلة الاعتاق والطلاق على ثلاثة اوجه الاول ان يقول المكره خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا الانشا يعتق العبد قضا لا ديانة ولا يضمن المكره شيا لانه عدل عما اكرهه وعتق العبد باقراره طايعا والثاني ان يقول خطر ببالي الاخبار كاذبا وتركت ذلك واردت عتقا مستقلا كما طلب مني فعتق العبد حينئذ قضا وديانة وهو ظاهر ويكون المكره ضامنا لعدم عدوله عما اكرهه والثالث ان يقول لم يخطر ببالي شي وقد اعتقت مما طلب مني فالجواب فيه كالجواب في الوجه الثاني والجواب في الاكراه على الطلاق وقد سمى لها مهرا قبل الدخول كالجواب في الاكراه على عتق العبد في الوقوع ورجوع الزوج على المكره الا في الطلاق الرجوع بنصف المهر وفي الاعتاق بقيمة العبد **قوله** بخلاف ما اذا دخل بها حيث لا يضمن المكره على الطلاق شيا كما في الرجوع عن الشهادة بالطلاق بعد الدخول وبه قال مالك واحمد وعند الشافعي يضمن مهر المثل كما في الشهادة لان ملك البضع مضمون بمهر المثل عند الاتلاف عنده كما هو مضمون به عند دخوله في ملك النكاح وجوابه مذكور في الاصول وفي الكافي اكرهه على اعتاق نصف عبده فاعتق كله فهو مختار ولا شي على المكره عند ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزى عنده وعندهما يضمن المكره قيمة العبد

من م

هه

لانه لا يجزى عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكره ان يعتق كله
فاعتق نصفه يضمن نصف قيمته عنده لانه اتى ببعض ما اكره عليه فكان حكم الاكراه ثابتا فيما اتى به
وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق الكل **قوله** جاز استحسانا اى يقع الطلاق
والعتاق بفعل الوكيل وفى القياس لا يقع وبه قالت الايمة الثلاثة لان القياس ان لا تصح الوكالة
بالاكراه لان الاصل ان كل عقد يوثر فيه الهزل يوثر فيه الاكراه وما لا فلا لانهما يعدمان الرضى
والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه **قوله** والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها
من الاسقاطات اذ الموكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم تبطل الوكالة نفذ تصرف الوكيل
ثم يرجع المكره على المكره بقيمة العبد وبنصف المهر استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان
الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف
الاتلاف عليه كما لو شهدا بوكالة فلان بعتق عبده فاعتقه الوكيل ثم رجعا فانهما لا يضمنان
فكذا هاهنا وجه الاستحسان ان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال
مقصودا فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه
الاكراه حتى لو اكرهه بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صلاة او صوما او حجا او
شيا يتقرب به الى الله تعالى فنذر لزمه المنذور وكذا لو اكرهه على اليمين بشيء من ذلك او بغيره
فحلف صح يمينه عندنا خلافا للايمة الثلاثة لانه اى النذر لا يحتمل الفسخ لانه يمين لقوله عليه الصلوة
والسلم النذر يمين واليمين لا يحتمل الفسخ فلا يوثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق لما ان اثر
الكره فى فوات الرضا واثره فى عدم اللزوم فما لا ياتى فيه الفسخ لا ياتى فيه اثر الاكراه فلا
يوثر فيه الاكراه والاصل فيه حديث حذيفة ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه على ان لا ينصر
رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة فحلف مكرها ثم اخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
عليه الصلاة والسلم اف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله تعالى وقد بينا ان اليمين والطلاق والعتاق
سوا فى ان الهزل لا يوثر والجد فيه سوا وهذا لان فيه منع نفسه عن شى او ايجاب شى على نفسه
حق الله تعالى فيكون فى معنى الطلاق والعتاق الذى يتضمن تحريم الفرج حقا لله تعالى فيستوى فيه
الكره والطوع والنذر يمين لما روينا ولا يرجع على المكره بما يلزمه من ذلك لانه اوجب
عليه حكما يطالب به فى الاخرة ولا يظهر اثره فى الدنيا من حيث الالزام فلو اوجبنا عليه الضمان
لاخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زايدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز كذا فى المبسوط **قوله**
والظهار يعنى لو اكرهه ان يظاهر من امراته كان مظاهرا ولا يقربها حتى يكفر لان الظهار من اسباب
التحريم كالطلاق فيستوى فيه الجد والهزل والاكراه والطوع خلافا للايمة الثلاثة وكذا الرجعة
لانه استدامة للنكاح فكانت ملحقة به وكذا الايلا لانه يمين فى المال والاكراه لا يمنع كل واحد
منهما وكذا الفى منه اى فى الايلا باللسان لانه كالرجعة فى الاستدامة لانها اى الرجعة والايلا
والفى يصح مع الهزل فلا يوثر فيها الاكراه والخلع من جانبه اى من جانب الزوج طلاق او يمين فلا
فلا يوثر فيه الهزل فالاكراه يمنع وقوع الطلاق بغير بدل فكذا بالجعل فلو كان اى الزوج مكرها
على الخلع والمراة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته طايعة بازا ما سلم لها من البينونة وفى
المبسوط لو اكرهه على ان يكفر ظهاره او غيره ففعل لم يرجع بذلك على المكره لانه امره بالخروج عن
عهدة ما لزمه حسبة وما اتلف عليه شيا بغير حق ولو اكرهه على عتق عبد بعينه عن ظهاره ففعل
عتق وعلى المكره قيمته لانه صار متلفا عليه مالية العبد اذ لم يكن عتق هذا العبد المعين مستحقا

عليه بل المستحق ما وجب فى ذمته يومر بالخروج عنه فيما بينه وبين الله تعالى وذلك فى حق العين
كالمعدوم فيلزمه قيمته ولا يجزيه عتقه عن كفارته لانه فى معنى العتق بعوض ولو قال انا ابريه
من القيمة حتى يجزى من الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزى عن الكفارة والموجود بعده
ابرا عن الدين وبالابرا لا يتادى الكفارة ولو قال اريد به كفارة الظهار ولم اعتقه لاكراهه
بعينه عن الكفارة ولم يرجع على المكره بشى لانه اقر انه اعتقه طايعا **قوله** الا ان يكرهه
السلطان اى حينيذ لا حد على المكره وقد مرت المسلة مع فروعها فى كتاب الحدود **قوله**
لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم بالكفر والاكراه
دليل عدم تغير الاعتقاد فلم يحكم بالردة فلم تبن امراته منه وهذا معنى قوله وفى اعتقاده الكفر
شك فلا تثبت البينونة بالشك يعنى الردة تعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك فى اعتقاده
الكفر فلا تثبت الردة بالشك احتياطا **قوله** استحسانا قيد به لان فى القياس القول
قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق فيستوى فيه الطايع
والمكره وجه الاستحسان ان اللفظ غير موضوع للفرقة بل تقع الفرقة بتغير الاعتقاد والاكراه
دليل على عدم تغير الاعتقاد فكان الزوج منكرا للفرقة كذا فى الايضاح **قوله** لما احتمل
واحتمل يعنى لو اكره الكافر على الاسلام حكم باسلامه لانه وجد احد الركنين وفى الركن الثانى
احتمال اى احتمل الاعتقاد واحتمل عدم الاعتقاد رجحنا الاسلام فى الحالين اى فى حالة اجرا
كلمة الكفر بالاكراه وحالة الاكراه بالاسلام احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى وهذا اى
الحكم بالاسلام بيان الحكم اما ديانة اذا لم يعتقد فليس بمسلم **قوله** لتمكن الشبهة
لاحتمال عدم الردة لان الردة تحصل بتبدل الاعتقاد وهو محتمل اى الشبهة دارية للقتل
قوله اخبرت عن امر ماض يعنى خطر ببالى ان اقول كفرت بالله ان اخبر عن امر ماض كذبا ولم
اكن فعلت ذلك فيما مضى بانت منه امراته حكما لا ديانة وفى المبسوط والذخيرة هذه المسلة على
ثلاثة اوجه احدها ان يقول قد خطر ببالى ان اقول لهم قد كفرت بالله واريد الخبر عما مضى
كذبا بانت امراته حكما لانه اقر انه اتى بغير ما اكره اذ هو اكره على انشا الكفر وهو قد اتى بالاقرار
به وكان طايعا فى هذا الاقرار ومن اقر بالكفر طايعا بانت منه امراته قضا لا ديانة والثانى
ان يقول خطر ببالى الاخبار عن الكفر الماضى والكذب ولكن لم ارد ذلك بل اردت كفرا مستقبلا
جوابا لكلامهم وهذا كان تبين امراته قضا وديانة لانه لما خطر بباله قد تمكن من الخروج عما
ابتلى به بان ينوى ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فلم يفعل ذلك وانشا الكفر كان بمنزلة
اجرا كلمة الكفر طايعا فيحكم بكفره قضا وديانة والثالث ان يقول لم يخطر ببالى شى ولكن كفرت
بالله كفرا مستقبلا وقلبى مطمين لم تبن امراته منه استحسانا لانه لما لم يخطر بباله سوى ما اكره فقد
فعل ما فعل مضطرا مكرها وهو مرخص فى ذلك اذا كان قلبه مطمين بالايمان **قوله** وعلى
هذا اذا اكره على الصلاة للصليب معناه ان يسجد له او اكره على سب محمد عليه الصلاة والسلم
وهذه المسلة على ثلاثة اوجه ايضا ففى الوجهين لا يكفر قضا وديانة اذا لم يظهر به وفى وجه
واحد يكفر مطلقا فانه اذا لم يخطر بباله شى لم تبن منه امراته وان خطر بباله ان يصلى لله وقد صلى
لله لا للصليب وهو الوجه الثانى لا يكفر ايضا قضا وديانة فاذا نوى ان يصلى لله وهو مستقبل
القبلة او غير مستقبل للقبلة يعنى ان يقصد ذلك لان الصلاة غير مستقبل القبلة تجوز عند
الضرورة والاعمال بالنيات فان ترك هذا بعد ما خطر بباله وصلى للصليب كما اكره عليه كفر

قضاء و ديانة وهو الوجه الثالث و بانت منه امرأته لانه امكنه دفع ما اكره عن نفسه فاذا لم
يفعل كان مختارا للكفر وفي المبسوط هذه المسئلة تدل على السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم
كفر **قوله** وسب محمد عليه الصلاة والسلم على ثلاثة اوجه ويعلم بهذا ان قوله بانت
منه قضاء لا ديانة فاما اذا اظهر نيته وقال نويت به الصلاة لله ومحمد اخر غير النبي لان القاضي
لا يقبل نيته وقد اتى بغير ما امر به فكان ظالما ظاهرا ونيته باطنه فيقبل ديانة **قوله** لما
اقرانه اشارة الى قوله لانه يبتدى بالكفر هازلا به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر بباله
شتم محمد النصراني فقد وجد مخرجا عما ابتلي به ثم لما ترك ما خطر بباله وشتم محمدا النبي عليه الصلاة
والسلم فقد كفر لانه غير مضطر في موافقة المكره وشتم محمد بلا اضطرار كفر ٥

كتاب الحجر

اورد الحجر بعد الاكراه لما ان فيهما سلب
الاختيار الا ان الاكراه اقوى لان فيه سلبه عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر فكان
احق بالتقدم ومحاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور وقد يكون النظر والشفقة لغيره ودفع
الاذى عنه كما في حجر المديون والسفيه على قولهما وحجر المريض عن التصرف في كل ماله وحجر
الراهن عن التصرف في الرهن وحجر العبد لحق المولى ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه ومنه
سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنعه عن القبائح قال تعالى هل في
ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل وسمي الحرام حجرا لانه ممنوع قال تعالى حجرا محجورا اي حراما محرما
وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر باي سبب
والحجر مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال تعالى وابتلوا اليتامى وقال تعالى ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم الاية **قوله** واسباب الموجب الحجر الى اخره **اعلم** ان الله تعالى خلق الورى
وميزهم في الحجر وجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم
مبتلى ببعض اسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي
والرقيق لانه عجز حكمي فاثبت الحجر على هؤلاء نظرا فكان مصادر هذه الاسامي سببا للحجر وهذه الثلاثة
سبب للحجر باجماع العلماء وفي ان السفه والفلس سبب الحجر اختلاف كما يجي وحكي عن ابي حنيفة انه
الحق بهذه الثلاثة ثلاثة اخر وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس **قوله**
تصرف المجنون المغلوب وهو الذي لا يعقل زمانا بحال اي في كل الاحوال اي لا ينعقد اصلا لانه
عديم العقل ويحترز به المجنون الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل على
ما يجي يتوقف الى اجازة الولي **قوله** ترتيب اهليته بضم التاء على بنا المفعول ورفع اهليته
اي لنتظر اهليته **قوله** ومن باع من هؤلاء شيئا وفي بعض النسخ او اشترى ايضا كما ذكر القدوري
لكن اكثر نسخ الهداية بدون او اشترى والمراد الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وهو يعقل
البيع او يعلم ان الشراء جالب للملك والبيع سالب له ويقصده اي يقصد البيع لافادة هذا الحكم
الذي ذكرنا بكون الشراء جالبا والبيع سالبا وهذا احتراز عن بيع الهازل فان يقصد لا لافادة هذا
الحكم فالولي وهو الاب او الجد او وصيهما او غيرهما من العصبات او القاضي فهذا التصرف ينعقد
عندنا وينفذ باجازة الولي خلافا للائمة الثلاثة فانه لا ينعقد عندهم وكذا الخلاف اذا
توكل بالبيع والشراء غيره فباع واشترى يجوز عندنا خلافا لهم وقد مر في الوكالة **قوله**
فيتحرى اي يطلب الولي مصلحتها لانه مرد لها اي للافعال لان الاتلاف بعد حصوله لا يمكن ان
يجعل كلا اتلاف فانه لو قطع او قتل او اراق شيئا لا يمكن ان يجعل القطع والقتل والاراقة كالعدم

لانه يلزم ان لا يكون المقتول مقتولا وهو دخول في السوفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال
لان اعتبارها اي اعتبار الاقوال موجوده بالنصب على الحال و **قوله** بالشرع خبر لان
يعني اعتبار اقوال هؤلاء بالشرع والشرع لم يجعل اقوالهم فيما يتردد بين النفع والضرر معتبره
في حق النفاذ وهذا لان الاقوال اما انشاآت او اخبارات فاما الانشاءات كالطلاق والاعتاق
والبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع واما
الاخبارات كالاقارير والشهادات فموجبها عرفت شرعا لانها دلالات عن المخبر عنه فيجوز
ان لا يقع دلالة لاحتمالها الصدق والكذب بذاتها لان القصد شرط اعتبار القول اذ
الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد بالقصد وهو يكون
بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون لهما قصد اما اعتبار الفعل فلا يتوقف على القصد
كالنائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه يضمن وان عدم القصد و **قوله** الا اذا كان
استثناء من قوله دون الافعال اي الا اذا كان ذلك الفعل مما يتعلق به حكم يسقط بالشبهات
كالحدود والقصاص فحينئذ يجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون حتى لا
يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل اما في حق العبد
فللزوم الضرر في حق المولى من غير اختياره فلذا يتوقف على اجازته **قوله** لا يصح
عقودهما اي لا ينعقد عندنا ولكن ينعقد موقوفا على اجازة الولي خلافا للائمة الثلاثة على ما مر
قوله لا يتوقفان اي الطلاق والعتاق على اجازته اي اجازة الولي ولا ينعقد ان بمباشرته
اي بمباشرة الولي و **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله بخلاف الاقوال الى قوله والقصد من
شرطه **قوله** فاقراره اي اقرار العبد نافذ في حق نفسه حتى يواخذ به بعد العتق **قوله**
وكذلك من تعلق الدين برقبته او كسبه اتلاف مال المولى واقرار الانسان لا يقبل على غيره الا
لولاية ولا ولاية للعبد على المولى انما يوخذ به بعد الحرية لتحقق الاهلية بالعقل والبلوغ وانتفاء
المانع ولم يلزمه في الحال لتحقق المانع **قوله** لانه اي في الحال لانه اي العبد مبقى على
اصل الحرية في حق الدم والحياة لانهما من خواص الانسانية وليس هو مملوك من حيث انه ادمي بل
كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما واذا بقي على اصل الحرية فيهما
نفذ اقراره فيهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني والضمني لا يعتبر **فان قيل**
قوله عليه الصلاة والسلم لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك
الاقرار بالحدود والقصاص **قلنا** المانفي على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار
العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص عنه الاقرار
بالمال لان النص لم يتناوله اذا اقراره يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه ٥
فان قيل يحتمل النص على الحر دفعا للتعارض **قلنا** يحمل الاثر على غير هذه الصورة
دفعا للتعارض والخلاف للائمة الثلاثة في صحة اقرار العبد في الحدود والقصاص **قوله**
لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلوة والسلم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه **قوله**
ينفذ اي طلاقه لانه مختص بالانسانية وكان كالحر

باب الحجر للفساد

لما ذكر الحجر المتفق عليه شرع في بيان الحجر المختلف فيه لان الحجر الاول بالعوارض
السماوية وهو الصغر والجنون والرق لانه حسب عليه بدون اختيار العبد شرع في بيان الحجر المثبت
باختيار العبد والسماوي مقدم على المكتسب ومسائل هذا الباب مبنية على قولهما لا على قول ابي

عتاق

لعولدم

٢٤٥

حنيفه لانه لايرى الحجر للفساد والسفه **اعلم** ان الحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه
والدين والفسق والغفلة عندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي يجوز بالكل وبه قال ملك واحمد
والسفيه غير المعتوه فان المعتوه ناقص العقل والسفيه كامل العقل الا انه لا يجرى على موجب
عقله وفي المبسوط هو العمل بخلاف موجب الشرع والعقل لاتباع الهوى وترك ما يدل عليه
الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقه وان يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض
لا يعده العقلا من اهل الديانه غرضا مثل دفع ماله الى المغني واللعابين وشرا الحمام الطيارة
بثمن غال والغبن في التجارات من غير محمدة واصل المسامحه في التصرفات البر والاحسان مشروع
الا ان الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال تعالى والذين اذا انفقوا لم
يسرفوا ولم يقتروا الايه **قوله** لانه اى السفيه مبذر ماله بتصرفه على وجه يقتضيه
العقل والحكمه الى اخره وفي حقه اى في حق السفيه حقيقه اى حقيقة التبذير ولهذا منع عندي
من السفيه المال بالنص بقوله تعالى ولا تؤتوا السفها اموالكم فاذا منع عنه المال بطريق النظر
له فكذا الحجر عن التصرف له وهذا لان منع المال غير مقصود لعينه بل لابقا ملكه ولا يحصل
هذا المقصود متى يطلق في التصرف لانه يقربه لغيره ويبيعه بغبن فاحش ويامر الولي بالتسليم
اليه وكذا الحجر بالفسق نظرا له مثل ان يجمع اهل الشراب والفسق في داره فيطعمهم ويسقيهم ويفتح
باب الجايزة عليهم او في الخير بان يصرف جميع ماله في بنا المسجد واشباه ذلك فيحجر عليه القاضي
نظرا له وكذا من فيه غفله فكان سليم القلب لا يهتدي الى التصرفات فيحجره القاضي نظرا له
قوله ولابي حنيفة انه اى السفيه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه كالرشيد ولا يشكل هذا بالعبد
فانه مخاطب عاقل ومع ذلك يحجر عليه لان المخاطب المطلق يتناول الكامل منه والعبد ليس بمخاطب
كامل لما ان خطابات الماليه ساقطة عنه وبعض خطابات غير الماليه ايضا كالحج وصلاة الجمعه
والعيدين وخطاب الشهادة او المراد بالمخاطب المخاطب بالتصرفات الماليه بدلالة محل الكلام
لانه في الحجر عن التصرفات الماليه وهذا اى الحجر سلب ولايته وفيه اهدار ادميته وحريته فان الحريه
اماره المالكيه والخطاب اماره القدره على التصرفات لانه دليل اعتبار عقله وهو دليل القدره
على التصرف لان التصرف كلام ملزم واعتبارا لكلام بالتمييز واللزوم بالخطاب فكان في ابطال
ولايته اهدار ادميته والحاقه بالمجانين والبهايم فلان يكون فيه نظر بل الضرر فيه اعظم من ضرر
التبذير لان الانسان انما يبان ساير الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات ولا يتحمل الضرر الاعلى
لدفع الضرر الادنى بل يدفع الاعلى بالادنى حتى روى عن ابي حنيفة انه يجوز الحجر على المفتي الماجن والمتطبب
الجاهل والمكاري المفلس لان فيه دفع الضرر الاعلى وهو الضرر العام بالضرر الخاص اذ المفتي الماجن
الذي يعلم الناس الحيل الباطله مثل ان يعلم المراة حتى ترتد فتبين من زوجها ويعلم الرجل ان يرتد فتسقط
عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا او يحل حراما يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل
يفسد ابدانهم والمكاري المفلس يتلف اموالهم فانه اذا ماتت دابته في الطريق وليس له اخرى ولا يمكنه
شرا اخرى ولا الاستيجار يؤدي الى اتلاف اموال الناس فيدفع الاعلى بالادنى **قوله** ولا يصح
القياس الى اخره جواب عن قياس الخصم حيث اعتبره بمنع المال لان منع المال ثبت غير معقول المعنى
اذ منع المال عن المالك والملك مطلق التصرف غير معقول ولانه اى منع المال عقوبة شرعت زجرا
له عن التبذير فلا يحتمل المقايسة لان الحجر ابلغ من منع المال في العقوبه وقيل هذا يلزم على الشافعي
لانه يرى الحجر عليه عقوبه اما عندهما الحجر عليه نظرا له وقيل هذا على طريق بعض مشايخنا حيث قال

٢٤٦ ان المنع بطريق العقوبه ولان اليد للادمي على المال نعمه زايده والحلاق اللسان في التصرفات الا[صلية]
اصليه فلا يقاس ابطال اعلى النعمتين على ادناهما **قوله** ولا على الصبي اى لا يصح قياسه على
الصبي لان الصبي لما كان عاجزا عن النظر لنفسه احتجنا ضرورة الى صيرورة الغير وليا والمولى عليه لا
التصرف اما السفيه قادر على النظر لنفسه لكمال عقله وان كان يعدل عن سنن العقل بهواه ومنع المال
عنه مفيد لان قبل المنع يتلف ماله بيده ولسانه وبعد المنع لا يتلف الا بلسانه ولان التبذير انما يكون
في الهبات والصدقات غالبا ولا يتم ذلك الا بالقبض ولا قبض الا باليد ولا يد مع المنع **فان قيل**
جعل الله للسفيه وليا في قوله تعالى فليملل وليه بالعدل **قلنا** السفيه هو المجنون عنده
وعليه كثير من اهل التاويل وفي المبسوط وابو حنيفة استدل بقوله تعالى ولا تاكلوها اسرافا
وبدارا ان يكبروا فقد نهى عن الاسراف والبدار في ماله مخافة ان يكبر ولا يبقى له عليه ولاية
والتنصيص على زوال ولايته عنه بعد من الكبر تنصيص على زوال الحجر عنه بالكبر لان الولاية
عليه للحاجه وانما ينعدم الحاجه اذا صار هو مطلق التصرف **فان قيل** ما جواب ابي حنيفه
عما تمسك الخصم من النصوص والاثار فقد تمسك بقوله فان كان الذي عليه الحق سفيها او
ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا تنصيص على اثبات الولاية على
السفيه وانه لا يصير موليا عليه الا بعد الحجر وقوله تعالى ولا تؤتوا السفها اموالكم الى ان
قال واكسوهم فهذا تنصيص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر وقد روي ان عبد الله بن جعفر
كان يفني ماله في اتخاذ الضيافات حتى اشترى دارا للضيافه بمايه الف درهم فبلغ ذلك عمه
علي بن ابي طالب فقال لاتين عثمان ولاسالنه ان يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجا الى الزبير
واخبره بذلك فقال اشركني فيها فاشركه ثم جا علي الى عثمان وساله ان يحجر عليه فقال عثمان
كيف احجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل
برغبته في الشركة على انه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وروي
ان عايشه كانت تتصدق بمالها حتى روي انه كان لها رباع فهمت ببيعها لتتصدق بثمنها فبلغ
ذلك عبد الله بن الزبير فقال لتنتهين عايشه عن بيع رباعها او لاحجرن عليها **قلنا** قيل
المراد بالسفيه في الايه المجنون والصغير لان السفه لغه عبارة عن الخفة وذلك بانعدام
العقل او نقصانه وكذا حمل السفيه عليها في قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها وعليه اكثر
اهل التاويل والمراد من النهي في قوله تعالى ولا تؤتوا السفها اموالكم نهي الازواج عن دفع المال
الى النسا وجعل التصرف اليهن كما كانت العرب تفعله الا ترى انه قال اموالكم وذلك يتناول
المخاطبين بهذا النهي لا اموال السفها واما حديث عبد الله ابن جعفر فدليلنا لان عثمان امتنع من الحجر
عليه مع سوال علي واكثر ما فيه انه لم يكن في ذلك التصرف غبن رغب الزبير في الشركة ولكن المبذر
ان يتصرف تصرفا واحدا على وجه لا غبن فيه فانه يحجر عليه عند الخصم فلما لم يحجر عليه مع ثبوت التبذير
في غيره دل ان ذلك من علي على سبيل التخويف وحديث عايشه دليلنا ايضا فانه لما بلغها قول ابن
الزبير حلفت ان لا تكلم ابن الزبير ابدا فلو كان الحجر حكما شرعا استجاز لها هذا الحلف من نفسها مجازاة
على قوله فيما هو حكم شرعي وهذا تبين ان ابن الزبير انما قال ذلك كراهة ان تفني مالها فتبتلى
بالفقر فتصير عيالا على غيرها بعد ما كان يعولها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمصير الى هذا
اولى ليكون ابعد من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة كذا في المبسوط **قوله** لان الحجر منه
اى من القاضي فتوى وليس بقضا هذا جواب سوال ذكره في الذخيره **فان قيل** تصرف المحجور

عليه بالسفه سمي ان لا ينفذ عند ابي حنيفه بعد ما قضى القاضي عليه بالحجر لان جواز تصرف
السفيه بعد الحجر مختلف فيه ونقضا القاضي بصير متفقا **قلنا** نعم اذا كان قضاه بحجره لم يكن
فتوى وهذا فتوى وليس بقضا لانه لم يثبت بهذا القضا ما ليس بثابت بل بين ما كان ثابتا فانه
كان محجورا عليه قبل القضا متى كان مفسدا لماله وهو حد الفتوى ولهذا لا بد للقضا من المقضى
عليه وله لانه لقطع المنازعة ولا بد من منازعة حتى يقطع فيكون هذا فتوى عند محمد وعند ابي
يوسف ومن تابعه وان كان يحتاج الى القضا ليصير محجورا عليه فنفس القضا مجتهد ومتى كان
نفس القضا مجتهدا فيه يحتاج الى امضا غيره كما مر في كتاب القضا حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى
القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال امضايه
فلا يقبل النقض بعد ذلك **قوله** نفذ ابطاله اي ابطال القاضي الثاني ولو روي نفذ
بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني لانه حكم بنفاذه كذا روي عن بعض الثقات **قوله**
وقالا اي ابو يوسف ومحمد لا يدفع ماله اليه ابدا حتى يونس منه رشده وان صار شيخا فانيا وبه
قالت الايمة الثلاثة واكثر علما الامصار وقاسم بن محمد ابن ابي بكر الصديق لقوله تعالى فان انستم منهم
رشدا فادفعوا علق الدفع بايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبله لان المعلق بالشرط معدوم قبله
ولان منع المال قبله لعلة السفه فيبقى ببقا العلة ويزول بزوال العلة اذ العبرة لقيام العلة
وزوالها لا للزمان ولابي حنيفة قوله تعالى واتوا اليتامى اموالهم والمراد به بعد البلوغ فهو
منصوص على وجوب الدفع بعد البلوغ الا انه منع عنه ماله قبل هذه المدة بالاجماع ولا اجماع
ههنا فيجب الدفع اليه بالنص والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم عندنا على ان الشرط رشد
نكره فاذا صار الشرط في حكم الوجود بوجه وجب جزاؤه فاول احوال البلوغ قد لا يفارقه
السفه باعتبار اثر الصبا وبقا اثره لتقاربه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق
اثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال عقله فقد عن عمر رضي الله عنه انه قال
ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال اهل الطبايع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ
رشده الا ترى انه يصير جدا صحيحا في هذا السن لان ادنى ما يحتلم الانسان في اثني عشر سنة ثم يولد
له ولد في ستة اشهر ثم يبلغ ذلك في اثني عشر سنة ثم يولد له ابن في ستة اشهر فيصير جدا صحيحا
في خمس وعشرين سنة وقيد بالجد الصحيح لانه يصير جدا فاسدا باقل من ذلك فانا لو فرضنا انه
لو بلغ في اثني عشر سنة ثم تزوج وولدت له بنتا والبنت تحمل في تسع سنين ثم ولدت بعد ستة اشهر
فيصير جدا فاسدا في اثنين وعشرين سنة حتى قيل يعتبر اثنان وعشرون سنة ذكره في الجامع ويؤيده
قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده وقد بلغ اشده وصلح جدا ولان
منع المال منه على سبيل التاديب له والاشتغال بالتاديب عند رجا التاديب فلا وجه للمنع
عنه **قوله** جاز عند ابي يوسف وبه قال الشافعي واحمد لانه لا بد من حجر القاضي عندهم
لان الحجر دائر بين النفع والضرر ففي ابقا الملك له نظر وفي اهدار قوله ضرر فلا بد من قضا القاضي
ليترجح احد الجانبين على الاخر يوضحه ان الحجر ليس بشي محسوس وانما يعرف بالغبن في التصرف وقد
يكون ذلك للسفه وقد يكون عنده لاستجلاب قلوب المجاهرين فكان مترددا فلا يثبت حكمه الا بالقضا
ولانه حجر مختلف فلا بد فيه من الراي فيشترط حكم الحاكم كما في حجر المفلس بخلاف الجنون والصبا
فانه لا يحتاج فيه الى الراي **قوله** وعند محمد لا يجوز وبه قال مالك لانه يبلغ محجورا عنده
ولان علة الحجر السفه وهو متحقق في الحال فيترتب عليه حكمه بدون حجر القاضي كالصبي والجنون

بخلاف حجر المفلس فانه يحجر لحق الغرما حتى لا يتلف حقهم فيتوقف على القضا **قوله**
نفذ عتقه عندهما وبه قال ابو حنيفة ايضا وعند الشافعي واحمد لا ينفذ وهو قياس قول مالك
لان تصرفات المحجور عليه غير نافذة **قوله** لا على نهج بسكون الها وهو الطريق الواضح وهو
المراد ههنا والنهج بالتحريك البهر وهو تتابع النفس من جد علم ذكره في الصحاح كلام العقلا فانهم لا
لا يريدون بكلامهم اللعب ودون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله يعني الهازل يخرج كلامه لا على نهج
كلام العقلا لقصده اللعب دون ما وضع له الكلام لا لنقصان في عقله فكذا السفيه يخرج كلامه لا على نهج
كلام العقلا لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه
وكل تصرف يؤثر فيه لانه لا يحتمل الفسخ فكذا لا يؤثر فيه السفه ولا يقال لو اعتق السفيه عبده عن
كفارة يمينه او ظهاره لا ينفذ عتقه بل عليه ان يصوم كالمعسر اذا حنث فيه لانا نقول اعتاقه نافذ
لكن لا يقع عن كفارته لانه يجب على العبد السعاية بعد اعتاقه على ما يجي ومع وجوب السعاية لا يقع
عن الكفارة لان بدل السعاية بمنزلة العوض عن العتق اليه اشار في المبسوط **فان قيل**
يشكل على هذا الاصل الذي ذكرها عدم صحة يمين السفيه في حق التكفير بالعتق حتى اذا حنث
وهو موسر لا ينفذ القاضي ان يكفر بالمال وعدم صحة نذره من هدي او صدقة حتى لو نذر لا ينفذ
له القاضي شيئا من ذلك مع ان اليمين لا يؤثر فيه الهزل والنذر ملحق بها في رواية وفي رواية هو
يمين وكذا يشكل عليه ان عتق الهازل لا يوجب السعاية وعتق السفيه المحجور يوجب ذلك **قلنا**
نعم كذلك الا ان القاضي لما حجره عن التصرف فيما يرجع الى الاتلاف نظرا له لم ينفذ تصرفه بالتبذير في
هذه الاشيا لانه لو لم يمنعه ذلك لم يحصل مقصود الحجر لانه تيسر له حينئذ التبذير بالتصرف بجميع
ماله ثم عليه وجوب الصوم في اليمين وان كان موسرا على ما يجي واما وجوب السعاية فان الحجر عليه
لمعنى النظر فيكون بمنزلة الحجر على المريض والحاصل ان السفيه لا يجعل كالهزل في جميع التصرفات
ولا كالصبا ولا كالمريض ولكن الحجر عليه لمعنى النظر فالمعتبر فيه توفير النظر عليه وبحسبه يلحق بعض
هذه الاصول في كل حادثة اليه اشار في المبسوط **قوله** والاصل عنده اي عند الشافعي ره
قوله كما في الحجر على المريض يعني لو اعتق عبده في مرضه يجب السعاية في كل قيمته للغرما او ثلثي
قيمته للورثة اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لتعذر رد العتق فكان رده بوجوب السعاية
لحق الغرما او الورثة فكذا ههنا رد العتق واجب لمعنى النظر وقد تعذر رده فيجب رده بايجاب السعاية
قوله وعن محمد الى اخره حكي في المبسوط هذه الرواية عنه اخرا قول ابي يوسف واما قوله
الاول كقول محمد في وجوب السعاية **قوله** لانه باق على ملكه فلا يمكن ايجاب السعاية ولا ايجاب
نقصان التدبير عليه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا ترى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد
صح التدبير ولم يجب المال بخلاف ما لو كاتبه او اعتقه على مال حيث يصح لانه لم يبق على ملكه حقيقة
او يدا اليه اشار في المبسوط **قوله** اعتقه بعد التدبير اي في حياته يجب السعاية فكذا
ههنا الا ترى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين مستغرق يجب عليه السعاية في قيمته
مدبرا للغرمايه فكذا ههنا اليه اشار في المبسوط **قوله** فالحق بالمصلح في حقه اي في حق الاستيلاد
نظرا له ولا نعلم فيه خلافا للايمة الثلاثة لانه يحتاج الى ذلك لابقا نسله وصيانة مايه فيلحق في
في حق هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب ولد كان هو في ذلك كالصحيح حتى انها تعتق
من جميع ماله بموته ولا تسعى هي في شي لان حاجته مقدمة على حق غرمايه بخلاف ما لو اعتقها
قوله لانه كالاقرار بالحرية اي اقراره بامومية الولد بدون الولد كالاقرار بالحرية يسعى

بعد موته في جميع قيمتها فكذا ههنا **قوله** على هذا التفصيل وهو الفرق الذي ذكرناه بين
الدعوة بالولد والدعوة بدون الولد لحاجته الى ابقاء نسله فيكون مقدما على حق الغرما **قوله**
جاز نكاحها ولفظ المبسوط جاز نكاحه وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك وابو الخطاب الحنبلي لا
يجوز بغير اذن الولي لانه عقد معاوضة كالشرى فلا يجوز بدون وليه **قوله** كالمريض مرض
الموت يعني لو تزوج باكثر من مهر مثلها يلزمه بقدر مهر المثل لا الزيادة منه اذا لم يخرج من الثلث
وفي مسئلتنا لا تعتبر الزيادة اصلا **قوله** وكذا اذا تزوج باربع تعتبر مهر المثل لا الزيادة سوا
كان نكاحهن في عقد واحد او متفرقا **قوله** او كل يوم واحدة ثم طلقها كذا نقل مرارا من
غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وبطل الزيادة **قوله** لما بينا اشارة الى
قوله لانه من ضرورات النكاح الى اخره وهذه المسئلة تحتج ابو حنيفة انه لا فائدة في الحجر
عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه ولهذا لم يجوز الشافعي النكاح بغير اذن الولي **قوله**
لانه اي اخراج الزكاة واجب عليه لانه كامل العقل مخاطب بحقوق الله تعالى فلا يبطل بسفهه
قوله يدفعها اي النفقة الى امينه اي امين المراه وفي بعض النسخ الى امينه اي امين القاضي
ليصرفه اي المال المخرج للنفقة الى مستحقه لانه ليس معتاده اي صرف النفقة وفي المبسوط
فرق بين نفقة الوالدين وبين نفقة غيرهما فقال ينبغي للقاضي ان لا ياخذ بقول السفيه في دفع المال
الى ذوي الارحام للنفقة حتى يقيم القريب بينة على القرابة والعسره لان اقراره بذلك بمنزلة اقراره
بدين على نفسه فلا يكون ملزما شيا الا في الولد فانهما اذا تصادقا على السبب قبل قولهما فيه لان
كل واحد منهما في تصديق صاحبه مقر على نفسه بالنسب والسفه لا يمنع الاقرار بالنسب لان
ذلك من حوائجه ولكن لا يعتبر قوله في عسرة المقر له كما في عسرة ساير الاقارب وكذا يقبل اقراره
بالزوجه لانه يملك انشاء التزوج فيملك الاقرار به ويجب عليه قدر مهر مثلها ويعطيها القاضي
ذلك وان كان قد مضى بعد اقراره اشهر ثم اقر انه كان قد فرض عليه نفقتها في اول تلك الشهور
لم يصدق على ما مضى لان هذا اقرار بالدين لها لان نفقة الزوجه في الماضي لا يصير دينا الا بالقضا
واقراره بالدين باطل **قوله** لم يمنع منها اي من حجة الاسلام ولا نعلم فيه خلاف **قوله**
استحسانا اذ في القياس يمنع لان العمره عندنا تطوع فصار كما لو اراد الخروج للحج تطوعا بعد
حجة الاسلام ولكن استحسانا وقلنا لا يمنع لاختلاف العلما في وجوب العمره فعند الشافعي فريضة
والاخبار متعارضة فيها ولظاهر قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فلهذا اخذ بالاحتياط في
امر الدين ويكون فعله اقرب الى فعل النبي عليه الصلاه والسلم فلا يمنع من سوق البدنه اما لو
اصطاد المحجور في احرامه او حلق راسه من اذى او صنع شيا يجب فيه الدم امره ان يصوم لذلك
ولم يعطه من ماله اذا اجاز الصوم فيه اما لو صنع شيا يلزمه الدم ولا يجوز فيها الصوم فالدم لازم
يؤدى عنه اذا صار مصلحا ولا يؤدى عنه في حال فساده كالمعسر الذي لا يجد شيا اذا صنع
ذلك وكالعبد الماذون في الاحرام اذا فعل شيا من ذلك وكذا لو جامع امراته بعد الوقوف
يلزمه بدنه ويتاخر الى ان يصير مصلحا كذا في المبسوط **قوله** فان مرض واوصى الى اخره ذكر
في المبسوط فان اوصى بوصايا مطلقا من غير القيد بحالة المرض وهو الصحيح لان تنفيذ الوصية بعد
الموت فيجب ان لا يتفاوت بين ان يكون وصيه في حال المرض او الصحة والقياس ان وصاياه باطلة بمنزلة
تبرعاته في حياته وفي الاستحسان ما يكون على غير وجه الفسق ويتقرب الى الله تعالى ولم يات بذلك سرف
ولا امر يستقبحه المسلمون ينفذ من ثلث ماله لان الحجر عليه للنظر حتى لا يتلف ماله فيبتلى بالفقر الذي هو الموت

الاحمر وهذا المعنى لا يوجد في وصاياه لان اوان وجوبها بعد الموت وبعد ما وقع الاستغنا عن المال
في امر دنياه فاذا حصلت وصاياه على وجه يكون سببا للثواب في اخرته او لاكتساب الثنا الحسن
بعد موته كان النظر في تنفيذها ولا نعلم فيه خلاف **ثم اعلم** ان عندنا كما يصح وصايا المحجور
بالسفه يجوز وصايا الصبي اذا عقل ما يصنع فهما سوا في التصرفات الا في اربعة مواضع منها انه يجوز
للاب ولوصيه ان يتصرف في مال الصبي بالبيع والشرا ولا يجوز في حق السفيه البالغ وثانيها
انها يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا اذن وثالثها ان طلاق السفيه وعتاقه
يصح وفي الصبي العاقل لا يصح ورابعها يصح تدبير عبده وللصبي العاقل لا يصح الكل من المبسوط
قوله اكثر من هذا وهو ما ذكرنا ومن التفريعات ما ذكرنا من احكام الحج وهو انه لو
اصطاد الى اخره وما ذكرنا من الفرق بين المراهق والمحجور بالسفه في المواضع الاربعة وفي الكافي
وقد ذكر في المبسوط فروعا اكثر من هذا فمن رامها فليطلب ثمه **قوله** ولهذا لم يجعل اي
الفاسق اهلا للشهاده ولان الفاسق غير رشيد ولان افساده لدينه يمنع التهمه به في حفظ ماله
كما يمنع قبول قوله وثبوت ولايته على غيره لعدم الثقه بصدقه **قوله** وقد اونس منه اي
من الفاسق نوع رشد فالله تعالى علق الدفع بايناس رشد نكره فينتنا ول رشدا ما لان النكره في
موضع الاثبات تخص والرشد في المال مراد فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون
معلقا برشدين قال ابن عباس المراد بالرشد الصلاح في المال وقال مجاهد العقل وفي شرح الطحاوي
المراد من الرشد الصلاح في المال وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم **قوله** وقد قررنا
فيما تقدم اي في النكاح وفي ادب القاضي **قوله** عندهما ايضا اي يحجر بسبب الغفلة وهو قول
الشافعي وعند مالك واحمد لا يحجر بسبب الغفلة لبلوغه وعقله ورشده ولو صالح السفيه لا
يزول الحجر عنه الا بالقضا عند ابي يوسف وبه قال الشافعي في وجه واحمد وعند محمد يزول بغير
قضا وبه قال الشافعي في وجه اخر وفي الافلاس لا يزول الحجر عنه الا بالقضا بالاتفاق

فصل في حد البلوغ لما ذكر ان الصغر من اسباب الحجر لا بد من بيان
انتهايه فشرع في بيانه **اعلم** ان في بلوغ الغلام بالاحبال وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام
والحبل اجماع العلما لقوله عليه الصلاه والسلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم واما الانبات فهو
نبت الشعر حول الذكر وفرج المراه بحيث يستحق اخذه بالموسى علامة البلوغ عند احمد ومالك والشا
لا اعتبار له في قولنا واما الزغب الضعيف فلا اعتبار له بالاتفاق الا في قول من الشافعي فانه في حق
المسلمين بلوغ لهم ما روي انه عليه الصلاه والسلام امر بان يقتل مقاتل بني قريظه ويسبى ذراريهم
وامر بان يكشف عن موتزرهم فمن انبت فهو من المقاتله ومن لم ينبت الحقه بالذرية وكتب عمر الى عامله
ان لا ياخذ الجزية الا ممن جرت عليه المواسي ولانه خارج يلازمه البلوغ غالبا ويستوي فيه الذكر والانثى
فكان علما على البلوغ كخروج المني ولنا قوله عليه الصلاه والسلم رفع عن الصبي حتى يحتلم فعلم ان قبل
الاحتلام بمجرد النبات لا يحكم ببلوغه ولهذا لا يحكم بالزغب الضعيف ولانه نبات شعر فاشبه
نبات ساير شعر الانسان ولان البلوغ عبارة عن بلوغ الانسان كمال الحال وذلك بكمال القوة
والقوه من حيث الاسباب والالات استعمال الجوارح وارتفاع الموانع وذا لا يتحقق على الكمال
الا عند الاحتلام اذ استعمال ساير الجوارح باب الا استعمال هذه الاله فيما وضع له وهو قضا
الشهوه على الكمال وكمالها بالانزال وما روى الخصم يمكن ان يكون قبل هذا الحديث او الحقه بالمقاتله
باعتبار قتالهم اذ في بعض الفاظ الحديث فقتل من جرت عليه المواسي وفي بعضها اخضراره ومعلوم انه

لا يبلغ هذا الحال الا بعد البلوغ وفي هذا الحديث رجل مجهول لا يعرف الا بهذا الخبر مع ان الحديث
يعارضه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حتى يحتلم واثر عمر يدل على اخذ الجزية ممن جرت به المواسي
وذلك يكون في الغالب بعد البلوغ واما قولهم انه يلازمه البلوغ غير مسلم فانه قد يكون بدون
البلوغ كما في الزغب الضعيف فاذا لم يوجد هذه العلامات يعتبر السن فعند ابي حنيفة حتى يتم
الغلام ثماني عشرة سنة وعن ابي حنيفة في الغلام تسعة عشر سنة وفي الجارية حتى يتم سبع عشرة
سنة وهو قول الشافعي اي قولهما قول الشافعي واحمد وعليه الفتوى وقال داود لا حد للبلوغ
من السن لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر
وهذا قول ملك وقال اصحاب ملك سبع عشرة سنة او ثماني عشرة كقول ابي حنيفة **قوله**
ثمانية عشر سنة فتح العددين للتركيب وحذف الثامن ثمانيه واثباتها في عشره وبكسر الشين في عشره
وسكن وكذلك في سبع عشره وفي ديل المغرب اذا جاوزت العشره اسقطنا التاء من العشره في المذكر
واثبتناها في المونث وكسرت السين واسكنتها وما ضممت الى العشره باق على حاله اي يثبت التاء في
المذكر ويسقطها في المونث الا الواحد نقول في المذكر احد عشر وفي المونث احدى عشرة وفي الثاني
والثانيه والعاشر والعاشره عاد والى الاصل يقولون في المذكر الثاني عشر والتاسع عشر
وفي المونث الثانيه عشره والتاسعه عشره حسن الاسمين على الفتح فعلى هذا القياس يجب ان يقال
في قوله وقيل المراد ان يطعن في التاسعة عشره اذا التمييز فيه السنه فكان التمييز مونثا الا اذا اريد
بها العدد اي عدد السنين فحينئذ يجوز ان يقال في تاسع عشر وعنه اي عن ابي حنيفة **قوله**
ولهم اي لابي يوسف ومحمد واحمد والشافعي العادة الفاشيه اي الغالبه ان العلامات تظهر في هذه
المدة فجعلناها علامة للبلوغ ولانه روي ان ابن عمر قال عرضت على النبي عليه الصلوة والسلم يوم
احد وانا ابن اربع عشره سنة فلم يقبلني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عليه الصلاة والسلم يوم الخندق
وانا ابن خمس عشره سنه فقبلني ورآني بلغت وعن انس انه عليه الصلاة والسلم قال اذا استكمل
المولود خمس عشره سنه كتب ما له وما عليه واقيمت عليه الحدود قلنا لا دلالة في حديث ابن
عمر لانه عليه الصلاة والسلم لم يسأله عن الاحتلام ولا عن السن وانما اعتبر قوته وضعفه ومعنى
قوله ورآني بلغت اي في القوه الى حد القتال وحديث انس غريب فلم يعارض ظاهر الايه والحديث المشهور
وهو قوله حتى يحتلم اذ ظاهر قوله تعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم يقتضي ان يكون مدة البلوغ خمس
عشره سنه ولد الايه المذكورة في المتن **قوله** وهذا اقل ما قيل اي قول ابن عباس اقل ما قيل
فيه فان بعض السلف قال اقله اثنان وعشرون سنة فانه حينئذ يصير جدا فاسدا كما قلنا وعن
عمر اقله خمس وعشرون سنه فيبنى الحكم عليه اي على الاقل لانه هو المتيقن **قوله** لاشتمالها
اي لاشتمال السنة على الفصول الاربعه يعني زيادة سنة في حق الغلام لتوافق وصل من الفصول
فيستوي مزاجه **قوله** واذا راهق اي قرب ودنا يقال راهقه رهقا اي دنى منه كذا في
المغرب وادنى السن الذي يعتبر قوله بالبلوغ اثنى عشره سنة وفي حق الجاريه تسع سنين كذا في فتاوى
قاضي خان وفتاوى الظهيريه

باب الحجر بسبب الدين

وانما اخر هذا الحجر من حجر السفيه لان هذا الحجر موقوف على طلب الغرما فيكون فيه وصف زايد
موقف الحجر بعد المشاركة في سببية الحجر الكلام في هذا الحجر في موضعين احدهما ان من ركبه الديون
وليس في ماله وفا به وخيف ان يلجي ماله بطريق الاقرار او بيع التلجيه وطلب الغرما من القاضي
الحجر عليه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وملك واحمد يحجر عليه

والثاني انه لا يباع على المديون ماله في قول ابي حنيفة خلافا لهم العروض والعقار فيه سواء غير
الاثمان اذا كان له احد النقدين بالاخر فللقاضي ان يفعل ذلك عنده استحسانا لقضاء دينه كذا في المبسوط وفي
الذخيره قال بعض مشايخنا مسلة الحجر بسبب الدين بنا على مسلة القضا بالافلاس لان من شرط صحة
الحجر على المديون القضا بافلاسه اولا ثم الحجر بنا عليه ولهذا لا يصح حجره من غير القضا بافلاسه بالاجماع
والافلاس لا يتحقق عنده حال حيوته لان مال الله غاد ورايح وقال بعضهم هذه مسله ابتدايه
فعلى هذا القول المانع من الحجر عنده تضمنه الحاق الضرر بالمحجور لا تعلق له بالقضا بالافلاس لهم
حديث معاذ روى الدارقطني عن كعب بن ملك عن ابيه ان رسول الله عليه الصلاه والسلم حجر على
معاذ ماله في دين كان عليه وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ شابا سخيا وكان لا يمسك شيا
فلم يزل يدان حتى اغرق ماله في الدين فاتى غرماوه النبي عليه الصلاه والسلم فكلمهم فلو ترك احد
لاجل احد لترك معاذ لاجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله
حتى قام معاذ بغير شي قال بعض اهل العلم انما لم يترك الغرما لمعاذ حين كلمهم النبي عليه الصلاه والسلم
لانهم كانوا يهودا ولانه في حجره نظر للغرما فكما يحجر نظرا له لسفهه فكذا يحجر عليه نظرا للمسلمين
ولانه امتنع عن ايفا حق مستحق عليه اذ بيع ماله لقضا دينه مستحق عليه بدليل انه يحبس اذا امتنع
منه وهو مما يجري فيه النيابة فناب القاضي منابه كما في الذمي اذا اسلم عبده وابى ان يبيعه باع القاضي
عليه وكما في العنين او المجنون اذا ابى ان يفارق امراته ناب القاضي منابه **قوله** لانه اي المفلس
المديون عساه يلجي ماله اي يبيع تلجيه من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده او يقر له بماله فيفوت حقهم اي
حق الغرما وله ان في الحجر عليه اهدار اقواله والحاقه بالبهايم فلا يجوز لدفع ضرر خاص ولا يجوز
بيع ماله بغير رضاه لانه نوع حجر لان بيع ماله غير مستحق لقضا الدين لامكان ادايه بوجه اخر فلا
يكون للقاضي ان يباشر ذلك عليه عند امتناعه كما في الاجارة والتزوج اذ يمكنه قضاوه بالاستقراض
والاستيهاب ولان بيع ماله بغير رضاه تجاره عن غير تراض فيكون باطلا لقوله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا
بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا يسع له ان يفعله ولكن يحبسه حتى يبيع في
دينه ايفا لحق الغرما ودفعا للظلمة الذي يتحقق بالامتناع عن قضا الدين منه والحبس للدين مشروع
بالاجماع واما حديث معاذ حكايه حال فيحتمل ان يكون برضاه مع ان حديثه مرسل وهو ليس بحجة
عند الخصم واما خوف التلجيه فموهوم فلا يحتمل كالمتحقق ثم الضرورة في اهدار قوله متحقق
فلا يعارضه الموهوم وهذا معنى قوله قلنا التلجيه موهومه الى اخره **قوله** بخلاف الجب
والعنة فان التفريق يتعين هناك لانه لم يمكنه الامساك بالمعروف فناب القاضي منابه اما ههنا
لقضا الدين فانه يمكنه الاستقراض والاستيهاب وسوال الصدقه من الناس فلا يكون للقاضي تعيين
هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله وكذا اخراج العبد المسلم عن ملك الذمي مستحق عليه بالبيع فينوب
القاضي منابه **قوله** والحبس لقضا الدين الى اخره جواب عن قولهما حتى يحبس بالرفع وليست حتى
للغاية بل الحبس ثابت مطلقا يعني الحبس ليس ليبيع ماله لقضا الدين بل الحبس لاجل ان يختار قضاء دينه باي
شي كان من البيع والاستقراض والاستيهاب وسوال الصدقه فكان في جواز الحبس اقوى دليل
لابي حنيفة لان العلما لما اتفقوا على جواز الحبس في الدين يعلم ان ليس للقاضي ولاية بيع ماله لانه لو
جاز لكان الاشتغال بالحبس اضرارا بالغرما بتاخير حقهم بغير حاجه وتعذيب المديون بلا فايدة فلا
يكون مشروعا فكان جواز الحبس دليل واضح على عدم جواز بيع القاضي ماله وهذا من احاسن القلب حيث

جعل دليل الخصم دليل نفسه عليهم كذا في المبسوط **قوله** باقل من المثل حتى لو باع باقل من ثمن المثل يخير المشتري بين ازالة الغبن وبين الفسخ ولو باع من الغريم بثمن المثل وجعل الثمن له بالدين ان كان الغريم واحدا يجوز كما في المقاصة والا يجوز البيع بثمن المثل كالاجنبي ولا يجوز المقاصة لتعلق حق الغير به ولو قضى دين بعض الغرما به لا يملك فيه تخصيصه بقضا دينه وانه محجور عنه كما في المريض مرض الموت كذا في الذخيره **قوله** وهذا عند ابي حنيفة استحسانا خص ابي حنيفة لان الشبهة ترد على قوله انهما يتحدان في الثمنية فانهما خلقا للثمنية والمالية ولهذا يضم احدهما الى الاخر في حكم الزكاة ولو كان ماله من جنس الدين صورة كالدراهم كان للقاضي ان يقضي دينه فكذا اذا كان من جنسه معنى وقوله بالنظر الى الاختلاف الى اخره جواب سوال يرد عليه فاذا كان متحدا معنى ينبغي ان يكون لرب الدين اخذه متى ظفر به من غير قضا كما لو ظفر بجنس حقه وبالاجماع ليس له ذلك فقال هما جنسان صورة وحقيقة ولهذا لا يجري بينهما ربا الفضل للاختلاف فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ولهذا جعل ابن ابي ليلى ان ياخذ رب الدين احد النقدين بالاخر من غير قضا ولا رضى فجعلنا للقاضي ولاية الاخذ هنا في مبادلة احد النقدين بالاخر لقضا الدين ولا يوجد هذا المعنى في ساير الاموال وفيه اضرار بالمديون لابطال حقه من عين ملكه في الاعيان وللقاضي ولاية النظر للغرما على وجه لا يلحق الضرر فوقه على المديون بخلاف النقدين لما ذكرنا من الاتحاد وبالنظر الى الاختلاف حقيقة يسلب عن رب الدين ولاية الاخذ عملا بالشبهتين ولم يعكس لانه حينيذ يلزم ترك الاخذ باحد الشبهتين لان ولاية القاضي اعم واقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصور ولايته يثبت للقاضي ايضا لعوته اولى **قوله** ويباع في الدين النقود الى اخره في الذخيره فعلى قولهما يبيع القاضي ماله ولكن يبتدا بما نابيره اذا كان الدين دراهم فان فضل الدين عن ذلك يبيع العروض اولا لا العقار لان العروض معدة للتلف والتصرف والاسترباح عليه فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه وان لم يف يحينيذ يبيع العقار وابتدوا من ذلك فلا يبيعه لان العقار اعد للاقتنا فيلحقه ضرر كثير وهذا الذي ذكره رواية عنهما وفي رواية يبدا القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف ثم يبيع العقار فالحاصل ان القاضي نصب ناظرا فيسعى ان ينظر للمديون فيبيع ما كان انظر له وبيع ما يخشى عليه التلف انظر ثم قال اذا كان للمديون ثياب يلبسها ويمكنه ان يجتزي بدون ذلك يبيع ثيابه ويشتري بثمنه ثوبا يلبسه وما فضل يقضي دينه لان ذلك للتجمل وقضا الدين فرض عليه وعلى هذا لو كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي بما دون ذلك يبيع المسكن ويشتري بثمنه ما يجتزي وما فضل يقضي دينه ولا يباع داره التي لا غنى له عن سكناها وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك يباع ويستاجر من ثمنه مسكنا له ويقضي بالفضل دينه لما روي انه عليه الصلاة والسلام قال في الذي في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال للغرما به خذوا ما وجدتم وهذا مما وجدوه ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في ديونه كساير امواله وقلنا هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضيه في عين يحتمل انه لم يكن عقارا ولا خادما ويحتمل انه عليه الصلاة والسلام خذوا ما وجدتم مما تصدق به عليه فانه المذكور قبل ذلك فقد روي انه عليه الصلاة والسلام قال تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفا دينه فقال عليه الصلاة والسلام خذوا ما وجدتم اي ما تصدق به عليه والظاهر انه لم

يتصدق عليه بدار هو محتاج الى سكناها ولا خادم هو محتاج الى خدمته ولا الحديث مخصوص بثيابه وقوته فيقيس عليه محل النزاع وقياسهم منقض بذلك ايضا وعن هذا قال مشايخنا انه يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال كاللبد في الصيف والنطع في الشتا ذكره في الخلاصة والمنية ايضا ولا نعلم فيه خلاف وفي شرح الطحاوي لو باع القاضي او امينه مال المديون فالعهدة على المطلوب لا على القاضي وامينه حتى لو استحق المبيع فانه يرجع بالثمن على المطلوب لا على القاضي وامينه وكذا السباحتي لو استحق المبيع فانه يرجع بالثمن على المطلوب او امينه وقال الشافعي واحمد على المديون وقال مالك على الغرما ان كان الثمن حبس حقهم والا على المديون **قوله** بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه اسوة للغرما بلا خلاف لان الحجر لا يصح في الفعل الحسي لانه لا مرد له وفي الذخيرة لو كان سبب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بالشهادة بان شهدوا على استقراضه او شرايه بمثل القيمة شارك الغرما وعند الشافعي لو اقر بدين لزمه قبل الحجر يلزمه في الاصح وفي قول لا يلزمه وهو قول مالك واحمد وابي يوسف ومحمد وتصرفات المحجور من بيع او هبة او عتق لا يصح عند الشافعي في الاصح وبه قال مالك واحمد في غير العتق وفي قول يصح ويكون موقوفا فان قضى ديونه من غير نقض التصرف نفذ تصرفه والا نفسخ منها الاضعف فالاضعف يبدا بالهبة ثم بالبيع ثم بالعتق وعند احمد وابي يوسف يصح عتقه لانه صدر عن مالك رشيد ولا يقبل الفسخ وقال احمد في رواية لا يصح كالبيع والهبة وما فعله قبل الحجر يصح بلا خلاف **قوله** وينفق على من تلزمه نفقته اي المفلس المحجور المديون وعلى زوجته الى اخره ولا نعلم فيه خلافا لاحد وكذا كسوتهم لانه حق ثابت لغيره اي لغير المفلس وهو من يجب نفقته عليه فلا يبطله الحجر **قوله** حبسه اعلم ان من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يوده نظر الحاكم فان كان له مال ظاهر امره بالقضا وان لم يكن له مال ظاهر وادعى الاعسار ان صدقه غريمه لم يحبس به ووجب انظاره لقوله تعالى فنظرة الى ميسرة فان لم يصدقه غريمه اما ان عرف له مال او لا فان عرف ماله وثبت الدين بالمعاوضة حبسه وان لم يعرف واقام بينة على اعساره وجب انظاره لما تلونا قال ابن المنذر اكثر العلما وفقها الامصار يرون الحبس في الدين الا عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد وعبد الله بن جعفر ولا يحبس ويقسم ماله ان كان وقد مر هذا الفصل بوجهه في كتاب القضا ثم اقامة البينة على الاعسار مقبوله وبه قال الشافعي واحمد ان كان الشاهد اهل خبره ومخالطه وقال مالك لا تقبل البينة على الاعسار لانه شهادة على النفي وقلنا ان الشهادة على النفي انما لم تقبل اذا لم يكن في ضمن حق **قوله** تحرزا عن الهلاك لانه لا يجوز الاهلاك لمكان الدين الا ترى انه لو وجد اليه الهلاك بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن ابي يوسف لا يخرجه ايضا لان الهلاك لو كان بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سوا **قوله** وهو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا لا يمنع من الاكتساب فيه وبه قال الشافعي في الاصح لان فيه نظرا للجانبين لان نفقته ونفقة عياله عليه فيمكن من الكسب وقال الخصاف الاصح انه يمنع منه وبه قال الشافعي في قول ليضجر قلبه فيسارع الى القضا ولو لم يمنع منه لا يلحقه الضجر لان السجن حينيذ يصير له بمنزلة الحانوت فلا يحصل المقصود كذا في الذخيره **قوله** يقسم بينهم بالحصص هذا اذا اخذ ارباب الديون كسبه بغير اختياره او قسمه القاضي بغير اختياره واما المديون لو اثر بعض غرمايه باختياره فله ذلك ولهذا لو حبسوه

بدينهم في مجلس القاضي فاذا كان المديون حاضرا يقضي ديونهم بنفسه وله ان يؤثر البعض
على البعض ولو كان غائبا فالقاضي يقسم بينهم بالحصص وليس له ان يؤثر البعض على البعض عندنا
ذكره في الذخيرة وفتاوى النسفي **قوله** وقالا اي ابو يوسف ومحمد اذا افلسه الحاكم
يعني متى ثبت اعساره لم يمكن لاحد مطالبته وملازمته وبه قالت الائمة الثلاثة لابي حنيفة
قوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق الحديث ووجه التمسك به ان الحديث مطلق فيتناول
الزمان الذي بعد الاطلاق والقضاء بالافلاس لا يتحقق فيكون معسرا قطعا والاية تتناول المعسر
قطعا فلا يكون الحديث معارضا للاية وهم يقولون ليس لصاحب الحق بعد اعساره مطالبته بالنص
كما لو كان دينه موجلا قال في المغني لابن قدامة والحديث فيه مقال يحمل على الموسر بدليل
ما روي انه عليه الصلاة والسلام قال لغرماء الذي اصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه خذوا ما
وجدتم وليس لكم الا ذلك رواه مسلم والترمذي وفي كلامه نوع تامل لانه ذكر قبل هذا ان
ذلك فيما تصدق عليه الى اخر ما ذكرنا **قوله** على بينة الاعسار وفي بعض النسخ على
بينة اليسار فاليسار اسم للايسار من ايسر اذا استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر واليسار
في معناه خطا كذا في المغرب وقيل في جوابه ذكر اليسار على طريق الازدواج وتغيير اللفظ عن
موضوعه للازدواج كما ذكر في الكشاف في تقريره قوله تعالى شديد العقاب فقال قد غيروا كثيرا
من كلامهم عن قوانينه لاجل الازدواج **قوله** لانه حبس اي اجلاسه في موضع حبس له
وليس له حبس الحق وعن محمد للمدعي ان يجلسه في مسجد حيه وان شاء في بيته لانه ربما يطوف به
في الاسواق والسكك من غير حاجة فيتضرر به المدعي وفي رواية منه يلازمه حيث احب في المصر
ولو كان لا معيشة له الا من كسبه لا يمنعه ان يسعى في مقدار قوته يوما فاذا حصل ذلك القدر
في يومه فله منعه من الذهاب في ذلك ويحبسه **قوله** لا يتبعه وفي الذخيرة هذا اذا
لم يعد له موضعا لغائط او بول فاما اذا اعد موضعا اخر له ان يمنعه عن الدخول في بيته حتى لا
يهرب من جانب اخر وفي الاقضية اذا كان عمل الملزوم سقي الماء ونحوه لا يمنعه من ذلك الا اذا
كفاه نفقته ونفقة عياله وهكذا في الدخول في البيت كما ذكره في الذخيرة **قوله** لانه
ابلغ اي لان ما اختاره الطالب من الملازمة ابلغ في حصول المقصود وهو قضاء الدين لان ملازمة
من لا يجانسه اشد من كل شديد **قوله** ومن افلس وعنده اي عند المفلس ابتاعه منه
اي اشتراه من ذلك الرجل فصاحب المتاع اسوة للغرماء اي مساو للغرماء فيه اي في المتاع وبه
قال الحسن والنخعي وابن شبرمة وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه اي بطلب البائع الا
ان يشاركه وبه قال مالك واحمد والاوزاعي واسحق وابو ثور وابن المنذر وروي ذلك عن
عثمان وعلي وابي هريرة لهم حديث ابي هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال من ادرك متاعه بعينه
عند انسان قد افلس فهو احق به متفق عليه وقد روي هذا الحديث في غير هذا الوجه بالفاظ غير
غير ما ذكر في حديث ابي هريرة فذكروا عن عبد الرحمن بن ابي بكر انه عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل ابتاع
متاعا وافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو احق به فان مات المشتري
فصاحب المتاع اسوة للغرماء ولان المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو الثمن فيستحق
الفسخ للبائع كما لو عجز البائع عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما انه عقد معاوضة فيقتضي
المساواة وصار كالسلم فان المسلم فيه دين كالثمن واذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم
كذا هنا ولهذا لو كسدت فلوس الثمن يبطل البيع عندكم للعجز عن الثمن وكذا المكاتب لو عجز يفسخ

العقد

العقد لعجز البدل فكذا بعجز الثمن ولنا قوله تعالى فنظرة الى ميسرة والمشتري حين افلس بالثمن فقد
استحق النظرة شرعا ولو اجله البائع لم يكن له حق الفسخ قبل مضي الاجل فكذا اذا صار منظرا
بانظار الله تعالى ولان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين اي عين الدراهم المنقودة وعين
الدنانير المنقودة وهي اي عين الدراهم المنقودة غير مستحق بالعقد بل المستحق به الدين وهو
وصف في الذمة فعلم انه عجز عن تسليم شيء غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وفي
الاسرار المقبوض غير الواجب حقيقة لان الواجب دين وهذا عين وذلك في الذمة وهذا في
الكيس وانما جعل في حكم عين الواجب في باب السلم بخلاف الحقيقة لعدم جواز الاستبدال به
فاما غيره من الديون يصح الاستبدال به فلا نضطر بالشرع الى ان نجعل العين في حكم الدين فيجوز
فيثبت بقبض العين مبادلة الا عند التعذر كما في السلم لحرمة الاستبدال فاعطي للعين حكم الدين
فيكون العين مستحقا بالعقد فصار العجز عنه كالعجز عن تسليم المبيع واما الجواب عن حديث ابي
هريرة ان المبيع ليس عين ماله شرعا لتبدل الملك وانما هو عين مال قد كان له وانما ماله بعينه
يقع على المغصوب والودائع والعواري وما اشبه ذلك وفي ذلك جاء هذا الحديث وقد روي
عن سمرة بن جندب انه عليه الصلاة والسلام قال من سرق له متاع او ضاع له متاع فوجده
في يد رجل بعينه فهو احق به ويرجع المشتري على البائع بالثمن **فان قيل** هذا معلوم دون
ذلك الحديث فاي فائدة في الحديث **قلنا** فائدته اعلام ان الرجل اذا افلس يقسم ماله
وما في يده بين غرمائه الا في متاع سرق او ضاع من انسان واشتراه المشتري فابتاعه فان صاحب
العين احق به فاعلمهم بذلك الحديث ما اعلمهم بحديث سمرة ويعني ان الغرور والاغترار الذي يغير
المشتري لا يستحق به ذلك شيئا وما روي في غير هذا الوجه معارض بما روى الخصاف باسناده انه
عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل افلس فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو اسوة غرمائه **وقيل**
هذا منقطع **قلنا** ما روي عن عبد الرحمن منقطع ايضا ولا يمكن ان يبين ما اشكل في حديث ابي هريرة
لانه يحتمل بانه ابتاعه معترا بانه ملك البائع كما ذكرنا في حديث سمرة او كان محمولا على انه قبض
المبيع بغير اذن البائع وفي غير هذا الموضع له حق الاسترداد واما قوله ومن قضيته اي عقد المساواة
فقلنا نعم كذلك ولكن في الملك على ما ذكرنا وهو حاصل لهما ولئن سلمنا ان التسوية في القبض لكن
التسوية تنعدم فيه بتاجيل البائع فتاجيل الله اولى فلا يبقى له حق الفسخ بخلاف الكساد لان موجب
العقد فلوس هي ثمن وبعد الكساد لا تبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة فبقي العقد بلا ثمن
فيبطل اما بعد افلاس المشتري يبقى الثمن في ذمته مملوكا كما كان وبخلاف الكتابة لان عجز المكاتب بغير موجب
العقد اذ موجبه ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يمكنه ذلك الا بالقبض لان بدل الكتابة
ليس بدين حقيقة اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة والرهن به فاذا كان
ملك المولى يثبت بالقبض فالتعجيز بغير موجب العقد فيمكن من فسخ العقد اما هاهنا فافلاس المشتري
لا يغير ملك البائع في الثمن فانه مملوك دينا وقولهم ان الدين في ذمة المفلس تاو غير مسلم اذا كان
المفلس مقرا او عليه بينة فهو تام حقيقة وحكما مفلسا كان او مليا ولهذا قال ابو حنيفة تجب على صاحب
الدين الزكاة لما مضى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لا يتمكن البائع من الفسخ هذا كله مما اشار
اليه في المبسوط والاسرار فقال في المبسوط الافلاس الطاري لا يكون اولى من الافلاس المقارن
وذا لا يرفع صفة اللزوم في العقد فبالطاري اولى بخلاف جانب المبيع فان ابتداء العقد مع العجز عن
تسليمه بالاباق لا يجوز وان رضي به المشتري فكذا اذا طرأ العجز يثبت للمشتري حق الفسخ **قوله**

ويقبض العين الى اخره هذا جواب عن شبهة ترد على قوله ان الدين وصف والمقبوض عين
وهو غير حقه فيرد عليه انه لو كان كذلك ينبغي ان لا يتمكن المديون من قضاء الدين اصلا لانه
غير حقه فقال يقبض العين يعني لما قبض رب الدين العين صارت ذمته مشغولة بدين للمديون ايضا
لان هذا الذي قبضه رب الدين قبض مضمون لانه قبضه متملكا لا مستودعا فوجب الضمان
في الدينين فلما تقاصا فبرئت ذمة المديون وهذا معنى قول المشايخ ان اخر الدينين
يكون قضاء عن الاول **قوله** هذا هو الحقيقة اي تسليم العين غير مستحق بالعقد بل المستحق
هو الدين فيجب اعتبار الحقيقة

كتاب المأذون

ايراد المأذون بعد الحجر ظاهر التناسب اذ الاذن بعد الحجر ومن محاسن الاذن الاطلاق
عن الحجر كاطلاق الاسير ولانه نوع من الاكتساب والاكتساب ابتغاء الفضل وفيه فتح باب
التصرف وحصول زيادة الاهتداء في التصرفات ثم الاذن لغة الاعلام شرعا فك
الحجر الثابت ورفع المانع من التصرف واثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة المكاتب عندنا وعند
الشافعي واحمد هو انابة وتوكيل وفائدة الخلاف ان الاذن بالتجارة لا يتخصص حتى لو اذنه
في نوع يكون مأذونا في انواع التجارة كلها عندنا خلافا له ولزفر كما يجي وهو مشروع بالكتاب
والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وابتغوا من فضل الله والمراد الكسب واذن العبد
من باب الاكتساب والسنة ما روي انه عليه الصلاة والسلام يجيب دعوة المملوك والمملوك
لا يقدر على اتخاذ الضيافة ما لم يكن له كسب وطريق الاكتساب التجارة وتجارته بغير الاذن
لا يصح وروي انه عليه الصلاة والسلام ولا احد من الصحابة ما انكروا على عباس تجارته بعبيده
وله عشرون عبدا كل عبد يتجر بعشرة الاف واجمعت الامة على جواز اذن العبد ولا يقال لا يصح
الاستدلال على عدم التخصيص والتوقيت بان الاذن عبارة عن فك الحجر والاطلاق وتمليك اليد
فان القضاء اطلاق واثبات للولاية مع انه قابل للتخصيص وكذا الاعارة والاجارة تمليك للمنفعة
واثبات اليد على العين مع انه قابل للتخصيص لانا نقول القاضي لا يعمل لنفسه بل هو نائب عن المسلمين
ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة في مال المسلمين بخلاف العبد فانه لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة
واما المستاجر والمستعير فانه يتصرف في محل هو ملك الغير باكتساب صاحب الملك له واكتسابه في
ملك نفسه يقبل التخصيص فاما العبد لا يتصرف باكتساب المولى لما يجي ان التصرف غير مملوك
للمولى في ذمته فكيف يوجب ما لا يملكه كذا في المبسوط **قوله** لانه اي العبد بعد الرق
بقي اهلا للتصرف اذ ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة
لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق اذ صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا
يخرج عن كونه بشرا الا ان ذمته ضعفت بالرق فلا يصلح الماليتها الا شاغلا مالية الرقبة وهي
حق المولى فحجر عن التصرف لحق المولى لكيلا يبطل حقه بغير رضاه فاذا اذن فقد اسقط حقه فكان
العبد متصرفا بالمالكية الاصلية واهليته لنفسه **قوله** لان الاسقاطات لا تتوقت
كالطلاق والعتاق وتاجيل الدين وتاخير المطالبة اذ الساقط يتلاشى **فان قيل** فعلى هذا
ينبغي ان لا يكون للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقطه وتلاشى والساقط لا يعود **قلنا** بقاء
ولاية الحجر بسبب بقاء الرق وكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان الساقط
يعود **فان قيل** ينبغي ان يتعدم بالرق الاهلية لملك التصرف لانه صار مملوكا للمولى
تصرفا حتى يملك المولى التصرفات عليه **قلنا** انما يصير مملوكا تصرفا في نفسه بيعا او تزويجا

فلا يجرم يتعدم الاهلية لمالكية هذا التصرف فيكون نائبا فيه عن المولى متى باشره بامره بان
باع نفسه بامره ولكن لا يصير مملوكا في ذمته حتى ان المولى لا يملك الشراء بثمن يجب في ذمة عبده
ابدا فبقي له الاهلية في ملك هذا التصرف كما انه لم يصر مملوكا تصرفا عليه في الاقرار بالحدود
والقصاص بقي مالكا لذلك التصرف **فان قيل** انعدام الاهلية لحكم التصرف وهو الملك بسبب
الرق يقتضي ان يكون اهلا لنفس التصرفات لان التصرفات الشرعية لا يراد بعينها بل لحكمها وهو ليس
باهل لحكمها فلا يكون اهلا لسببه كاسباب العبادات في حق الصبي والمجنون لانهما ليسا باهل لحكمها
وهو الابتلاء **قلنا** لا كذلك لان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا ترى
ان استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق اهل للحاجة
فيكون اهلا لقضائها وادنى طرق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك اليمين
شرع للتوصل اليه والحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه فيكون كمن اشترى
بخيار البائع فمات المشتري فاجاز البائع البيع ثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة تصرف
باشره المورث بخلاف اسباب العبادات في حق الصبي والمجنون لان المراد بوجوب العبادات
شغل الذمة لتحقق الابتلاء وهما ليسا باهل له فلا يثبت الاسباب الموجبة للابتلاء في حقهما اذ
ليس لهذه الاسباب اصل وخلف حتى يثبت ما هو الاصل لهما والخلف لغيرهما في تصرف العبد
فافترقا **قوله** خلافا لزفر والشافعي وبه قال مالك واحمد لان السكوت لا يقوم مقام
الاذن في التصرف لان الاذن انابة والانابة لا تثبت بالسكوت كما لو باع الراهن والمرتهن
ساكت او باع المرتهن والراهن ساكت او راى عبده يتزوج وهو ساكت وكما لو راى اجنبيا
يتلف ماله وهو ساكت وكما لو باع اجنبي والمالك ساكت بخلاف السكوت في الشفعة
فان الشفعة تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور وصار كما لو راى القاضي الصغير
او المعتوه او عبدهما يبيع ويشتري فانه لا يكون اذنا وهذا لان السكوت يحتمل الرضى ويحتمل
السخط فلا يثبت الاذن بالشك الا ترى انه لا يجوز بيعه الذي راه فيه بالاجماع فلان
لا يجوز بيعه بالاخر بعده اولى اذ لما لم يثبت الاذن فيه نفي غيره اولى ولنا ان العادة جرت
بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عبده ويؤدبه عليه فاذا لم ينهه علم انه راض فجعل السكوت
اذنا له دلالة دفعا للغرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيعاونونه حملا
لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند امر يعاينه
عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اما الجواب عن التصرف الذي راى فيه حيث لا
يكون مأذونا فيه بالاجماع لان تصرفه في ذلك العين بطريق الوكالة والتوكيل لا يثبت بالسكوت
ولكن يصير اذنا في غيرها بمنزلة ما لو راى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر او بالخنزير
فسكت يصير مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا والمعنى ان في اثبات
الاذن في هذا التصرف الذي يراه ضرر في حق المولى وهو ازالة ملكه عما يبيعه فلا يثبت
بسكوته وليس في ثبوت الاذن في الحال في حق غيره ضرر في حق المولى اذ يملك حجره اما في
حق الناس ضرر بين في عدم ثبوت الاذن كما ذكرنا وكذا فيما راى اجنبيا يبيع ملكه فسكت
فان ضرر المالك متيقن في ثبوت الاذن بزوال ملكه عن العين في الحال وان كان بعوض ضرر
حتى لا يملكه احد عليه حالة الاختيار وكذا لم يثبت الاذن في مسئلة الرهن لان في ثبوت
الاذن ضرر في حق المرتهن بزوال حق الاستيفاء بثبوت يده عليه فاذا زال عن يده ربما لا

لايصل الى يده من محل اخر فكان ضرر المرتهن اقوى من ضرر الراهن فلذلك لم تثبت الاجازة
واما مسئلة التزوج فانا لو اثبتنا عدم الاذن يتضرر العبد ضررا موهوما فان ضرر
العبد في ان يدخل فيها على حسبان ان المالك اجازه وانه موهوم وضرر المراة بزوال
ملكها عن منافع بضعها للحال وهي في حكم العين ضرر ثابت بيقين على تقدير ثبوت الاذن فرجحنا
جانب المراة ولم نقل بالاجازة وكذا لم يجعل السكوت رضا في اتلاف المال لان الضرر هناك
متحقق في الحال وسكوته لايكون دليل التزام حقيقة ولانه لاحاجة الى تعيين جانب الرضا هناك
لدفع ضرر الغرور عن المتلف وهو ملتزم للضرر باقدامه على الاتلاف وهو موجب للضمان
بنفسه حقيقة بخلاف ما نحن فيه واما السكوت عن القاضي لايكون اذنا لان الاذن من
القاضي قضا والقضا لايثبت بالسكوت ولهذا اثبت الاذن بالسكوت من الاب اما لو اذن
القاضي وابى الاب صح اذن القاضي ولا يعتبر اباء الاب والمسئلة في تتمة الفتاوى لان القاضي
لما اذن راى المصلحة في الاذن يفعله ذلك اذا طلب الاذن من الاب وابى الاب صار الاب
عاضلا له فتنتقل الولاية الى القاضي بسبب العضل كالولي في باب النكاح فانه اذا عضل ينتقل
الولاية الى القاضي لما ان النكاح حقها قبل الولي فاذا امتنع الولي عن الايفا نقلت الولاية
الى القاضي ايفا لحقها كذا ههنا واما قوله السكوت يحتمل قلنا نعم ولكن دليل العرف
يرجح جانب الرضى كما في سكوت البكر لدفع الضرر الكل من المبسوط والذخيرة والايضاح **قوله**
في ساير التجارات اي جميعها يقال ساير الناس اي جميعهم كذا في الصحاح **قوله** فلا يتقيد
الاذن بنوع من التجارة وهذا بلا خلاف وانما الخلاف في الاذن بنوع وكان فائدة ذكر معنى المسئلة
لبيان نفي الخلاف **قوله** لتعذر الاحتراز عنه اي عن غبن اليسير وعند الشافعي واحمد لايجوز
الا بثمن المثل كما في الوكيل وعند ابي حنيفة يجوز بالغبن الفاحش ايضا سوا كان عليه دين او لا
وعندهما والشافعي واحمد وزفر لايجوز بالغبن الفاحش لان المحاباة بالفاحش بمنزلة الهبة ابتدا
وهو لا يملكه كالاب والوصي والقاضي في مال الصغير ولهذا اعتبر الغبن الفاحش من المريض
من ثلث ماله كالهبة وله اي لابي حنيفة انه اي التصرف بالغبن الفاحش تجارة لا تبرع لانه وقع
في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشي له حكم ذلك الشي والماذون في حق التجارة ملحق بالاحرار
لانه متصرف لنفسه باهلية نفسه لابحكم الامر فصح منه كما يصح من الحر ومن سواه متصرف
للغير فيتقيد بالنظر والبيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهزين ليربح في
تصرف اخر **قوله** وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون وكذا المكاتب والمعتوه الماذون
ثم ابو حنيفة فرق بين البيع والشرا في تصرف الوكيل بالغبن وسوى بينهما في تصرف الماذون لان
الوكيل يرجع على الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل بالشرا متهما في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر
الغبن اراد ان يلزمه الامر وهذا لايوجد في تصرف الماذون لانه لايرجع بما لحقه من العهدة على
احد فاستوى البيع والشرا في حقه كذا في المبسوط **قوله** ولو حابى اي العبد الماذون في
مرض موته يعتبر من جميع المال هذا اذا كان مولاه صحيحا اما لو كانت المحاباة منه في مرض المولى
فمحاباته باليسير والفاحش يعتبر من الثلث عند ابي حنيفة كما لو حابى المولى بنفسه في مرضه وعندهما
محاباته باليسير كذلك وبالفاحش باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لانه لا يملك هذه المحاباة
بالاذن في التجارة كما لو باشره في صحة المولى **قوله** ولا وارث للعبد ولا يقال بان المولى
بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه في الثلث بالاجازة

فانه يتصرف المريض في الكل فكذا ههنا **قوله** وله اي للماذون ان يسلم اي يجعل نفسه
رب السلم والمسلم اليه **قوله** وله ان يتقبل الارض اي ياخذها اجارة وفي المغرب تقبل
الارض ان يتقبلها انسان فيقبلها الامام اي يعطيها اياه مزارعة او مساقاة وياخذ الارض مزارعة
لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر الارض وانه انفع من الاستيجار بالدراهم فان هناك
يلزمه الاجر وان لم يحصل الخارج وههنا لايلزمه شي بدون الخارج ولو كان البذر من قبل رب
الارض فهو اجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة فصار كما لو اجر نفسه بالدراهم يجوز هذا
فكذا ههنا وله ان يدفع الارض مزارعة لما ذكرنا من الوجهين اما ليس له ان يدفع طعاما
الى رجل ليزرعه في ارضه بالنصف لفساد المزارعة على هذا الوجه فيكون كالقرض والقرض
تبرع كذا في المبسوط **قوله** شركة عنان قيد به لانه ليس له شركة المفاوضة لان مبناه
على الوكالة والكفالة والوكالة داخلة تحت الاذن دون الكفالة ثم يصح منه شركة
العنان مطلقا عن ذكر الشرا بنقد ونسيئة حتى لو اشترك الماذونان شركة على ان يشتريا
بالنقد والنسيئة لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه
والماذون لا يملك الكفالة ولو اذنا في الشركة بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فاشتركا
جاز كما لو اذنا في الكفالة ولو اشتركا مفاوضة بالاذن تصير عنانا كذا في المبسوط والذخيرة
قوله وله اي للماذون ان يوجر نفسه خلافا للشافعي وكذا الوكيل انسانا
لايجوز عنده في قول وفي الاصح يجوز هو يقول اي الشافعي انه لا يملك العقد على نفسه لانه
اذن له بالتصرف في غير نفسه ولهذا لا يملك البيع على نفسه الى اخر ما ذكر في المتن ولنا
ان اجارة نفسه تجارة فيملكها وهو يتصرف على غير نفسه بل على منافعه وانما لايجوز بيع
نفسه لانه يبطل الاذن اصلا لانه يحجره وكذا لايملك رهن نفسه لانه ايضا من وجه فكان
بيع نفسه من وجه وبالاجارة لاينحجر ويحصل المقصود وهو الربح فيملكه وما ذكر ينتقض بالحر
فانه لا يملك بيع نفسه ويملك اجارته اليه اشار في المبسوط **قوله** ماذون في جميعها اي
جميع انواع التجارة سوا نهى عن غير ذلك النوع او سكت ذكره في الايضاح وهو المالك اي
للمولى يعني ان المقصود من التصرف حكمه وحكمه الملك وهو للمولى لا للعبد لانه بالرق خرج
من ان يكون اهلا للملك ولهذا لايملك حجره ولا يملك حجر المكاتب ولو كان كالمكاتب لما ملك حجره ولهذا
لو اذن له في التزوج بامراة بعينها لم يملك ان يتزوج غيرها **قوله** على ما بيناه اي في اول
الكتاب وعند ذلك اي عند الاذن وفك الحجر يظهر مالكية العبد فصار كالمكاتب فلا يصح
تخصيصه بنوع دون نوع كالمكاتب وشرحه ان تصرف العبد بعد الاذن يلاقي محلا هو ملكه
والمتصرف في ملكه لايكون نائبا عن غيره فان اول التصرف بعد الاذن الشرا لانه لايملك شيا
ليبيعه وبالشرا يلتزم الثمن في ذمته وهي مملوكة له ولهذا لايملك المولى الشرا بثمن يجب في ذمة
العبد ولو كانت مملوكة له لملكه ولم يتصرف العبد في ذمة المولى حتى يجعل نائبا عنه فيكون
اصيلا في التصرف بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره او في ذمة غيره لانه يثبت للتوكيل
بالشرا حق الرجوع عليه ولم يكن له قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر فصار
نائبا بخلاف الاذن في النكاح فان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه فان النكاح لايجوز الا بولي
اما بولاية نفسه او بولاية غيره والرق يخرجه عن الولاية على نفسه فكان نائبا عن المولى ولهذا قلنا
ان المولى يجبره على النكاح اما هذا التصرف غير مملوك للمولى عليه فانه لايملك البيع والشرا عليه

بدون اختياره فكان الاذن في التجارة فك الحجر قوله وحكم التصرف الى اخره جواب عن
قولهما وثبت الحكم للمولى قوله وما استغنى عنه العبد ثبت للمولى على سبيل الخلافة
عنه فاذا ثبت ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر لا انابة لا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما
اذا رضي المستاجر ببيع عبد من زيد دون عمرو او سلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على
ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه اسقاط لحق المنع
قوله ومعناه الى اخره قيد به ليعلم به ان مقصود المولى من التصرف ليس بعقود متكررة
يكون اذنا في التجارة كما لو قال اشتر لي ثوبا وبعه اما لو اذنه في التصرف في ثوب بعينه او شرا
كسوة او طعام لاهله لا يكون اذنا له لو اعتبر اذنا لضاق على الناس استخدام المماليك في
حوائجهم ولهذا لو امره ببيع ثوب غصبه العبد يكون اذنا في التجارة وان كان بعقد واحد
لانه لا يمكن جعله استخداما اذ ليس له ولاية الامر ببيعه لعدم ملكه اليه اشار في الذخيرة
قوله والمغصوب جائز سواء صدقه المولى او لا لان الغصب يوجب الملك عندنا اذا
الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة فيكون اقرارا بالمعاوضة وعند الشافعي واحمد
ومالك يجوز اقراره بدون المعاملة فقط واقراره بالغصب والاتلاف يصح ان صدقه المولى
قوله لا بسبب التجارة وفي المبسوط غصب جارية بكرا وافتضها دخل في بدن وهرب
كان لمولاها ان ياخذ العبد بعقرها لان الفائت بالافتضاض جزء من ماليتها وهي مضمونة على
العبد بجميع اجزائها والعبد مواخذ بضمان الغصب في الحال ماذونا كان او محجورا ولان
هذا من جنس ضمان التجارة ولو اقر العبد انه وطئ جارية بنكاح بغير اذن مولاها فافتضها لم
يصدق لانه ليس من التجارة فان وجوب العقر هنا باعتبار النكاح والنكاح ليس بتجارة وفي
الايضاح لو اقر بجناية على عبد او حر او بمهر وجب عليه بنكاح جائز او فاسد او شبهة فان
اقراره باطل لا يواخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت
بسبب التجارة فصار اقراره فيها واقرار المحجور سواء اما لو اقر بما يوجب القود يصح وللمقر له
استيفاؤه وبه قال الشافعي ومالك وقال احمد ومحمد بن الحسن وزفر والمزني وداود لا يصح
وقد مر في الاقرار قوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وهذا
اي النكاح ليس بتجارة اذ المال انما يجب بالنكاح لخطر المحل لا لكون البضع مالا قوله
وعلى هذا الخلاف الى قوله وللاب والوصي ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف لما انها في رق
الصغير كالمكاتب وكذا ذكره في المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وما ذكر في
المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات وفي الكافي يحتمل ان يكون في المسئلة روايتان وقال
الامام حسام الدين الاخسيكثي ويحمل ما اطلق في المكاتب على ما ذكره ههنا ويحمل في المسئلة روايتان
ولا يكاتب الماذون لانه اي عقد الكتابة ليس بتجارة اذ هي اي التجارة والدليل فيه اي في عقد
الكتابة ولان الكتابة اقوى من الاذن اذ الكتابة موجبة حرية اليد للحال وحرية الرقبة في المآل
والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو اعلى منه كما ان الكتابة لا تتضمن الاعتاق لانه
اعلى من الكتابة والا ان يجيزه المولى اي عقد كتابته ولا دين عليه اي على الماذون لان المولى باجازة
عقد الكتابة يخرجه من ان يكون كسبا للماذون وقيام الدين عليه يمنع من ذلك قل الدين او كثر
لتعلق حق الغرماء به ولهذا لو اخذه من يد الماذون وعليه دين قل او كثر يمنع منه خصوصا عند ابي
حنيفة اذا كان على العبد دين محيط حيث لا يملكه وعندهما لا يجوز لتعلق حق الغرماء به كذا في المبسوط

الايضاح

٢٠٤ والايضاح قوله ويصير العبد اي العبد الماذون نائبا عنه اي عن المولى في عقد الكتابة
عند الاجازة وترجع الحقوق الى المولى وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت
الولاء بعد العتق اذ حقوق العقد في باب الكتابة لا تتعلق بالوكيل فلا يملك الماذون قبض البدل
قوله فالاعتاق اولى لانه اعتاق في الحال وهذا اذا لم يجز المولى اما اذا اجازه ولا
دين على الماذون جاز لانه يملك انشاء العتق عليه فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون الماذون
واما اذا كان على الماذون دين فاجاز العتق جاز وضمن قيمته للغرماء المديون عندهما كما لو انشاء
العتق ولا سبيل للغرماء على العوض بخلاف الكتابة لان ما يوديه كسب الحر وحق الغرماء غير متعلق
بكسب الحر فاما بدل الكتابة فيوديه في حال الرق فيتعلق به حق الغرماء كذا في الايضاح قوله
الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه وبقولنا قال احمد وقال الشافعي ومالك لا
يملك ذلك ايضا بغير اذن المولى لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبته دراهم ولنا انه عليه الصلاة والسلام
يجيب دعوة المملوك وروى ابو سعيد مولى ابي اسيد انه تزوج فحضر دعوته ناس من الصحابة
منهم ابن مسعود وحذيفة وابو ذر فامهم وهو يومئذ عبد والمراد الماذون اذ المحجور لا يقدر على
الضيافة اليسيرة ولانه اي اهداء اليسير والضيافة من ضرورات الاذن في التجارة لان التاجر يحتاج
اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين المجاهز عند العامة الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث
التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وفي الذخيرة ان يتخذ
الضيافة اليسيرة وليس له ان يتخذ الضيافة العظيمة لان اليسيرة من صنيع التجار دون العظيمة
وقال محمد بن سلمة في الحد الفاصل بين اليسيرة والعظيمة ينظر الى مقدار مال تجارته فان كان عشرة
الاف واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا ولو كان مال تجارته عشرة مثلا واتخذ ضيافة
بمقدار دانق فذاك يكون كثيرا عرفا اما الهدية فيملك الاهداء من الماكولات لا لما سواها اذ قضية
القياس عدم جواز الاهداء لانه تبرع ولكن ترك القياس بالعرف والعادة وعرف التجار الاهداء
بالماكولات فيرد ما سواه الى القياس واليه اشار في المبسوط ايضا وفي المغني الاب والوصي لا يملكان
في مال الصغير ما يملك الماذون من اتخاذ الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة ويملك التصدق
بالفلس والرغيف وبالفضة بما دون الدرهم لان ذلك من صنيع التجار قوله ونحوه
اي نحو الرغيف كالفلس وما دون الدرهم وكذا الامة في بيت مولاها تطعم وتتصدق على الرسم
والعادة بدون الاذن صريحا للعرف والعادة ولما روى ابو امامة انه عليه الصلاة والسلام
قال في خطبته عام حجة الوداع ولا تخرج المراة من بيت زوجها الا باذنه ولا الطعام فقال
عليه الصلاة والسلام الطعام افضل اموالكم محمول على الطعام المدخر كالحنطة ودقيقها فاما
غير المدخر تتصدق به على رسم العادة ولا يكون ذلك باذن الزوج عرفا وله ان يحط من
الثمن اي للماذون بالعيب وبدون العيب خلافا للائمة الثلاثة فان عندهم لا يحط اصلا
قوله يباع للغرماء اي يبيعه القاضي بغير رضى المولى بالاتفاق عند اصحابنا اما عندهما
فظاهر لان الحجر على المديون يجوز عندهما واما عند ابي حنيفة لا يجوز الحجر على المديون ويجوز ههنا
والعذر له انه ليس في هذا حجر على المولى لان المولى محجور عن بيعه قبل ذلك فانه لو باع العبد
الماذون المديون بغير رضى الغرماء لا ينفذ فكان هذا بمنزلة المستغرقة بالدين فانه يبيع القاضي التركة
على الورثة بغير رضاهم لقضاء الدين فكذا هذا ولا يكون ذلك حجرا عليهم كذا في الذخيرة ويبيع كسبه
بغير رضى الماذون فابو حنيفة لا يرى الحجر على الحر انما يرى الحجر على العبد الا ترى ان المولى يحجره وفي

النهاية وما ذكر في بعض حواشي المقروه على الاساتذه ان معنى قوله يباع للغرما ان يجبر القاضي
المولى على البيع حتى يستقيم على قول ابى حنيفة لا وجه لصحته اصلا بل يبيع القاضي العبد بدون رضا
المولى لما ذكرنا من رواية الذخيره وقال زفر والشافعي لا يباع في الدين ويتعلق الدين الفاضل
عن كسبه بذمته يوخذ منه بعد العتق كما لو استقرض بغير اذن سيده وبه قال ملك وقال احمد
يتعلق بذمة المولى لانه لزمه بمعارضة السيد فيجب عليه كالنفقه **قوله** وذلك اى غرض
المولى من اذنه تحصيل مال بمال لم يكن لا تفويت مال قد كان وذا في اذا دين التجاره من كسب
التجارة لا ما لرقبه يعني غرضه تعلق الدين بكسبه لا برقبته كما ذكرنا ان فيه تفويت مال قد
كان والعبد الذي لا كسب في يده معسر فكان مستحقا للنظره شرعا لاطلاق الاية لانه اى
الاستهلاك نوع جناية ولا تعلق له بالاذن اذ وجوبه بالجنايه ولهذا يباع بدين الاستهلاك
قبل الاذن فكذا بعده **قوله** وهذا اى كون دين تجارته متعلق برقبته باعتبار ان
سببه التجاره وهي التجاره داخله تحت الاذن و **قوله** تعلق الدين برقبته جواب عن قولهما
ان غرض المولى استيفا حامل على المعامله اذ لا بد للدين من محل يستوفي منه واقرب المحال
اليه نفسه لانه وجب عليه وهو مال وتعلق الدين برقبته حامل للغير على المعامله فيصلح
عوضا للمولى من هذا الوجه وينعدم الضرر في حقه اى في حق المولى بدخول المبيع في ملكه
اى في ملك المولى **فان قيل** كيف يتصور هذا وقد قال بعده يبدأ بالكسب فاذا
كان المبيع الذي من كسب العبد باقيا كيف يباع الماذون **قلنا** جاز ان يكون هذا
المبيع هو المبيع الذي اشتراه الماذون وادى ثمنه ثم قبضه المولى ولا دين على العبد ثم
ركبته الديون فيبيع الماذون بسبب ديون لحقته بعد ما اخذ المولى المبيع فانه قال في
المغني ولو اخذ المولى شيا من كسبه ولا دين عليه ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما اخذ
ان كان قايما وضمانه ان كان مستهلكا و **قوله** لا ينافي تعلقه بالرقبه جواب عما قال
الشافعي ان تعلقه بالرقبه ينافي مقصود الاذن وفي المبسوط والمغني واصحابنا استدلوا بما
روى انه عليه الصلاة والسلم باع رجلا في دينه يقال له سرق وحين كان بيع الحر جائزا ومن ضرورة
بيع الحر في دينه بيع العبد في دينه وما ثبت بضروره النص فهو كالمنصوص ثم انفسخ بيع الحر
وبقي بيع العبد مشروعا فيباع في دينه كذا قيل وفيه نوع تامل و **قوله** اى قول صاحب
القدوري في الكتاب اى القدوري ويحترز بقوله المراد به دين وجب بالتجارة عن دين وجب
بالنكاح بان تزوج امراة فوطيها ثم استحقت حيث وجب المهر عليه ولا يظهر ذلك في حق
المولى لان وجوبه بالنكاح وهو ليس من التجاره اما لو تزوج باذن المولى يظهر في حقه يباع فيه
كذا في المبسوط و **قوله** كالبيع والشرا نظير دين التجاره والاجاره والاستيجار الى اخره
نظير ما هو في معنى التجاره ثم صوره الدين بسبب الاجارة ان يواجر شيا ويقبض الاجره ولم
يسلم المستاجر حتى انقضت المدة ووجب عليه رد الاجرة وذكر الامانات بعد الودايع لان
الامانه اعم من الوديعة كمال المضاربة والعارية والشركه والبضاعة وهذه الاشيا عند
الجحود بها تصير غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشيا ضمان غصب لان الامين يصير غاصبا
للامانه بالجحود وكذا يواخذ بضمان عقر الدابة واحراق الثوب في الحال وتباع رقبته فيه قيل و
هذا محمول على ما اذا اخذ الدابة او الثوب اولا حتى يصير غاصبا بالاخذ ثم عقرها واحرقه
اما لو عقر او احرق الثوب قبل القبض ينبغي على قول ابى يوسف ان لا يواخذ به في الحال **قوله**

لاستناده اى استناد وجوب العقر الى الشرا اذ وجوبه بسبب الشرا فانه لولاه لوجب عليه
الحد وسوا ثبت باقراره او بالبينه **قوله** ولا يباع ثانيا بخلاف دين نفقه المراة حيث
يباع فيها مرة بعد اخرى لانها تجب شيا فشيا بخلاف المهر فانه اذا بيع في مهر ولم يف الثمن
لا يباع ثانيا لانه بيع في جميع المهر ويطالب بالباقي بعد العتق كذا ذكره التمرتاشي كيلا يمتنع
البيع يعني اذا علم المشتري انه يباع في يده ثانيا بلا رضاه يمتنع عن الشرا فيمتنع البيع فيتضرر
الغرما او دفعا للضرر عن المشتري فان المشتري لم يرض باذنه بالتجارة فلو بيع ثانيا بدون رضاه
لتضرر به للزومه بدون التزامه اما المولى الاول بالاذن ملتزم ضرر البيع **قوله** ويتعلق
دينه اى دين الماذون بما يقبل من الهبة وكذا الصدقه قبل لحوق الدين او بعده فدينه تتعلق
بما يكسبه سوا بسبب التجارة او غيرها عندنا وبه قال الشافعي في الاصح وقال زفر لا يتعلق وبه
قال الشافعي في قول والهبة للمولى لا حق للغرما فيها لانها ليست من التجارة ووجوب الدين عليه
بسبب التجارة فكانت كساير املاك المولى الا ترى انها لو ولدت ثم لحقها دين لا يتعلق بالولد
وقلنا كسب العبد له والمولى يخلفه في ملكه بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ وصار كالوارث
فانه لا يملك شيا من التركة الا بشرط الفراغ من دينه بخلاف الولد لانه ليس من كسبها كما ان نفسها
ليست من كسبها فكذا الولد لانه جزء متولد من عينها والحق يتعلق بكسبها حتى لو لحقها الدين ثم ولدت
يتعلق لان نفسها تباع في الدين فكذا ولدها وهذا بخلاف الدفع في الجناية فان جنايته اذا ولدت
لا يتعلق في ولدها ولا حق لاولياء الجناية في ولدها لان حقهم هناك في بدل المتلف وهو ارش
الجناية او في نفسها جزاء على الجناية ولكن ذلك ليس بحق متاكد بدليل يمكن المولى من التصرف فيها
كيف شا بالبيع وغيره فلا يسري الى الولد وهنا حق الغرما متاكد في ذمتها بدليل انه لا ينفذ تصرف
المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغرما حقهم فيسري اليه كذا في المبسوط **قوله** وله
اى للمولى ان ياخذ غلة مثله اى الضريبه التي ضرب المولى على عبده كل شهر عشرة دراهم مثلا
فياخذ بعد الدين كما كان ياخذها قبل استحسانا وفي القياس لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى
في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع للغرما لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا يحصل الكسب
الا ببقا الاذن في التجارة فلو منعناه من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب كذا في المبسوط
والايضاح وفي المغرب الغله ما يحصل من ريع ارض او كرايها واجرة الغلام او نحو ذلك وقد اغلت
الضيعه فهي مغله **قوله** ويشترط علم اكثر اهل سوقه وقال الشافعي يصح الحجر بغير علم العبد
واهل السوق كما في عزل الوكيل لان الاذن عنده نيابه كالوكالة وبه قال ملك واحمد وفي الدخيره
اشتراط علم اكثر اهل السوق بحجره في الحجر القصدي اما لو ثبت الحجر ضمنا لا يشترط علمهم ولا علم
واحد منهم حتى لو باع المولى العبد الماذون يحجر ضمنا لصحة البيع لزوال ملكه كالعزل الحكمي
في الوكيل **قوله** وان بايعه الذي علم بحجره ان هذا للوصل يعني اذا لم يعلم بحجره اكثر اهل
سوقه لا يحجر في حق من علم بحجره ايضا كما لا يثبت في حق غيره **فان قيل** المعنى الموجب علم
اكثر اهل السوق دفع الضرر عن الناس وهذا المعنى غير موجود في حق من علم رجل او رجلين لانه
لما علم بحجره انعدم المعنى الموجب وهو الغرور في حقه فينبغي ان يثبت في حقه ولم يجز بيعه كما في
خطاب الشرع اذا علم بخبر واحد لا يعذر في تركه **قلنا** صحة الحجر لما توقف على التشهير
لا يصح بدونه اذا المشروط لا يثبت بدون شرطه وذلك لان الحجر ضد الاذن وكما ان الاذن
لا يقبل التخصيص فكذا الحجر لا يقبله بخلاف خطاب الشرع اذ حكمه يثبت في حق من علم به ويقبل

التخصيص كذا في المبسوط وفي الذخيرة لما بقي الاذن في حق من لم يعلم من اكثر اهل السوق بقي في
حق من علم لان الاذن بالتجارة لا يتجزى الا ترى ان في الابتدا لا يتجزى فكذا في الانتها ثم قال
فان قيل هذا العذر ليس بصحيح فان الاذن اذا كان عاما وحجر عليه بمحضر اهل السوق يصير
العبد محجورا ولو كان ما ذكرتم من المعنى صحيحا ينبغي ان لا يصير محجورا لان الحجر لا يعمل في حق الذي
لم يعلم بالحجر وبقي الاذن في حقه فينبغي ان لا يبقى في حق الباقين لعدم تجزيه **قلنا** القياس
هكذا لكن هكذا ترك القياس للضروره اذ تبليغ الحجر الى كل واحد من اهل سوقه متعسر فاقيم تبليغه
الى الاكثر مقام تبليغه الى الكل الا ترى انه عليه الصلاه والسلم كان مامورا بتبليغ ما انزل
الى كل الناس كافة ولم يبلغ الى الكل بل بلغ الى الاكثر فقام ذلك مقام تبليغ الكل **قوله** او
جن المراد الجنون المطبق اما اذا لم يكن مطبقا بان يجن ويفيق لا ينحجر وفي الذخيره اختلفوا في المطبق
فقال محمد ما دون الشهر مطبق وشهرا فصاعدا مطبق ثم رجع فقال ما دون السنه غير مطبق
والسنه فما فوقها مطبق وعن ابي يوسف اكثر السنه فصاعدا مطبق وما دونه لا **قوله**
وقال الشافعي يعني ما دونا به قال مالك واحمد وذكر في المبسوط وقال زفر لا يصير محجورا به
لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن حتى لو اذن الابق يجوز لان الاذن باعتبار ملكه لا يختل ذلك
بالاباق وصار كالغصب والحبس حتى لو غصبه غاصب او حبس بدين عليه او على غيره لا ينحجر
فكذا بالاباق ولنا ان الاباق حجر دلالة اذ الظاهر ان المولى لا يرضى بتصرف الابق المتمرد الابق
وانما يرضى بتصرفه ما بقي تحت طاعته ليتمكن من قضا دينه بكسبه والاباق يمنع ابتدا الاذن
على ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده وبعد التسليم فالدلالة ساقطة عند صريح الاذن
قوله لان الانتزاع اي انتزاع مكاسبه من يد الغاصب متيسر بالمرافعه الى الحاكم
حتى لو لم يمكن الانتزاع من يده بان جحد الغاصب ولا بينه لا يصح ابتدا الاذن ولا بقاؤه ذكره
في الذخيره ولو عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود كما لو حجره
صريحا **قوله** فكذلك اي الاستيلاد حجر عليها قال المحبوبي باول المسلة اذا استولدها
من غير تصريح الاذن حتى لو قال بعد الاستيلاد لا اريد الحجر عليها لا تنحجر هو اي زفر
يعتبر البقا بالابتدا فان في الابتدا لو اذن لها يصح فكذلك يبقى بالاستيلاد كما في التدبير
وهو القياس وقياس قول الايمة الثلاثه واستحسنا وقلنا لا تنحجر لان العادة ان الانسان يحصن
ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس ودلالة العادة تعتبر عند عدم التصريح بخلافها
الا ترى ان تقديم المايدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عرفا وعادة فاما اذا قال بعد
التقديم لا تاكل لم يكن ذلك اذنا كذا في المبسوط **قوله** اكثر من قيمتها وانما وضع المسلة
في اكثر من قيمتها لتظهر الفايدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة **قوله** ولا منافاة
بين حكميهما اي حكم التدبير والاذن لان بالتدبير يثبت حق العتق وان كان لا يفيد في انفكاك الحجر
فلا يوثر في الحجر عليه كذا في المبسوط **قوله** ومعناه الى اخره وانما احتاج الى ذكر تاويل المسلة
بقوله ومعناه كذا لان مطلق الاقرار بما في يده يفهم منه الغصوب والديون لا الامانات ولهذا
قدم ذكر الامانه وقيد فيما في يده لانه لو اقر باستهلاك رقبته لا يجوز بالاجماع حتى اذا لم يف
ما في يده لا يباع رقبته بالاجماع ولا فيما انتزعه المولى ثم اقر في يد المشتري بدين عليه لا يصدق
بالاجماع وكذا لو كان في يده كسب حصل بالاحتطاب والاصطياد ونحوه مما هو ليس بتجارة لا
يصدق بالاجماع **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره وبه قالت الايمة الثلاثه

ويوخذ

ويوخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه **قوله** لان يد المحجور غير معتبره ولا يلزم عليه ما
لو اودع المحجور انسانا وغاب لم يكن للمولى اخذه فلو لم يعتبر يده لما اشترط حضرته لان المسلة مأولة
بما اذا لم يعلم المودع ان الوديعه كسب العبد اما لو علم فللمولى اخذه كذا في الذخيره ولهذا لا يصح
اقراره في حق الزياده يعني لو اقر باكثر مما في يده لا يباع رقبته لاجل الزيادة بالاجماع **قوله**
بخلاف ما انتزعه المولى الى اخره جواب عن قولهم وصار كما لو اخذ المولى كسبه يعني لم يبق هناك
اثر من اثار ذلك الاذن ويد المولى عليه ثابتة حقيقه وحكما فلا يبطل باقراره **قوله** فلا
يبطل اي ملك المولى في الرقبة باقرار العبد من غير رضاه اي المولى اذ لا يد للعبد في رقبته بعد
الحجر **قوله** على ما عرف اي في حديث بريره فلا يبقى اي للعبد من حكم الاذن الذي كان
ثابتا عليه للمولى بحكم انه ملك المولى وانما يملك العبد كسبه بحكم ذلك الملك ولهذا لم يكن
اي العبد خصما في حقوق عقد باشره عند الاول قبل بيعه من التسليم والتسلم والرد بالعيب وان
كان خصما فيها بعد الحجر قبل البيع وعلى هذا اذا حجر المادون وفي يده الف فاقر بعد ما اذن ثانيا
بالف كان لزمه في الاذن الاول قضي من ذلك الالف عنده وعندهما هذا الالف للمولى
ويصح هذا الاقرار فيومر المولى بقضا الدين او بباع فيه وفي الاسرار وعلى هذا الخلاف اذا
حجر الصبي الماذون وفي يده كسب فيقر به يصح عنده خلافا لهما **قوله** وقالا اي ابو يوسف
ومحمد يملك ما في يده ويعتق عتقه وبه قالت الايمة الثلاثه **قوله** وهو اي سبب الملك
في الكسب ملك الرقبه لان ملك الاصل علة ملك الفرع فكما ان الدين لا يمنع ملك المولى في رقبته
بالاتفاق فيجب ان لا ينافي ملكه في كسبه وحاجته الى قضا دينه يعني ان لا يمنع ملكه كما ان حاجته الى
النفقه والكسوة لا يمنع ملك المولى ولان المولى لو وطي جارية عبد الماذون فجات بولد فادعاه
ثبت نسبه وان كان عليه دين محيط بالاجماع ولا يغرم عقرها ولو لم يملك ينبغي ان يغرم عقرها
وهذا اي نفوذ اعتاقه وحل وطيه انه كان ملكه في الرقبه وتعلق حق الغرما به استيفا لا يمنع
ملك المولى لرقبته بخلاف الوارث اذا اعتق عبدا من التركه وهي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ
لان الملك انما ينتقل الى الوارث عند استغنا الميت عنه نظرا للميت ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب
لان الصرف الى الاقرب انفع له ومتى كان على الميت دين يقدم حق الغريم على الوارث لان النظر في
ضده وهو عدم ثبوت الملك للوارث لان قضا الدين فرض عليه والدين حايل بينه وبين ربه اما
ملك المولى كسبه لا بسبب باعتبار النظر للعبد بل لا سبيل له ثبوت ملك الرقبه للعبد لانه مملوك
مالا فيستحيل ان يكون مالكا له ولهذا يخلفه المولى في ملك الرقبه وهذا المعنى لا يختلف مع قيام الدين
وعدمه **قوله** على ما قررناه اي في مسله تعلق الدين بكسبه في قوله واما الجواب عن قولهما
ان الدين لا يمنع ملك الرقبه فكذا لا يمنع ملك الكسب ان المولى لا يخلفه في ملك الرقبه بل كان
مالكا لرقبته لا باكتساب من العبد فبقي ملكه فيها بعد لحوق الدين كما في المكاتب فان المولى
يملك رقبته وينفذ عتقه فيها ويودي بها كفارته ولا يملك كسبه لقيام حاجته فيه فكذلك في
الماذون لا يملك كسبه وان كان يملك رقبته وحاجته الى قضا دينه ليس كحاجته الى الطعام
والكسوه فان الرقيق لا يحتاج الى ذلك لانه يستوجبها على المولى اذا لم يكن كسب اما الدين فلا
يوديه المولى فكانت حاجته الى الكسب فوق حاجته الى النفقه والكسوة وعن قولهما يثبت نسبه
ولا عقر عليه ان حق الغرما في الكسب من حيث الماليه لا من حيث العين ولهذا للمولى حق ملكه واستخلاصه
باداء الدين في محل آخر فكان حاله اقوى من حال الاب اذا وطي جارية ابنه وادعى نسب ولدها

حيث يثبت لان له حق تملكها بالقيمة ولم يغرم من العقر شيئا فكذا ههنا اليه اشار في المبسوط
والايضاح واما قولهما ان المولى يملك الكسب لانه طريق الخلافة والنظر للعبد الى اخره قلنا
العبد ليس باهل للملك مستقر لكنه اهل للملك منتقل الى غيره اذا فرغ من حاجته وهذا لان العبد
من حيث انه ادمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا ملك
المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لا يملك اصلا فعلنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا
عملا بالشبهين **قوله** فالعتق فرعه اي العتق فرع بثبوت الملك وعدمه لانه فرعه
وكذا لو قال له هذا ابني وهو يحتمل نسبه ان كان مجهول النسب عندهما ويعتق وعنده لا يثبت
ولا يعتق وكذا لو قتل عبده عبد المأذون يغرم قيمته في ثلاث سنين عنده لانه لم يملكه
فصار كقتل عبد الاجنبي فكان ضمان جناية وعندهما يغرم قيمته للحال لانه قتل عبده وتعلق به
حق الغرماء فيضمن حقهم للحال **قوله** وكذا عنده اي عند ابي حنيفة في قوله الاخر وفي
قوله الاول لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل
والكثير كما في الرهن وفي قوله الاخر الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا
يجوز ان يمنع الملك في الكل لان شرط عدم الملك في الكل لم يوجد ولا يجوز ان يمتنع بقدره
لان البعض ليس باولى من البعض فيثبت الملك في الكل واصله ان استغراق التركة بالدين يمنع
يمنع ملك الوارث في التركة وبه قال الشافعي واحمد في رواية وقال في قول واحمد في رواية
لا يمنع وبه قال مالك ولا يتعلق حينئذ حقه بماله في غير المحيط ففي قول ابي حنيفة الاول كذلك
وفي قوله الاخر يملك الوارث جميع التركة وسيجيء بعد ان شاء الله **قوله** اذا كان عليه
دين قيد به لانه نص في المعنى انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيعه من المولى شيئا ولا بيع
المولى منه شيئا حتى لا يثبت فيه الشفعة **قوله** وان باعه بنقصان لم يجز اي عند ابي حنيفة
سواء كان النقصان يسيرا او فاحشا وعندهما يجوز ويخير المولى على ما يجيء لانه اي العبد متهم
في حقه اي حق المولى بخلاف ما اذا حابى الاجنبي حيث يجوز سواء كانت المحاباة يسيرة او فاحشة
قوله لا تهمة فيه ولا يقال احتمال التهمة فيه ايضا موجود لان مجرد الاحتمال لا يعتبر
وانما المعتبر الناشئ عن الدليل و **قوله** وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول المسئلة ومعطوف
على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى بتقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز
بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في بقوله
وبخلاف ويجوز بغير الواو ويتعلق حينئذ بحكم قوله المتصل وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
اي انه يجوز في كل حال سواء كانت المحاباة فاحشة او يسيرة او بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه
لا يجوز بكل حال من الاحوال الثلاثة عند ابي حنيفة وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو تاباه
قوله وهذا اي جواز البيع مع التخيير يدفع الضرر عن الغرماء منهما اي من المولى والاجنبي
متردد الى اخره وفي الكافي هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وهو قوله وان باعه بنقصان
لم يجز عنده ويجوز عندهما ويخير المولى الى اخره والصحيح ان قوله كقولهما لان المولى يتمكن من تخليص
كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع
مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي وفي المبسوط لم يجز عندهما ايضا كالمريض المديون
مع الاجنبي والاصح ان هذا قولهم جميعا لان العبد مع المولى كالمريض مع الاجنبي وكذا ذكره في
مبسوط الاسبيجابي وفي النهاية ما ذكره في الكتاب بقوله وان باعه بنقصان لم يجز عنده وقال

ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى الى اخره وقع على غير الاصح **قوله**
وان باعه المولى الى قوله جاز البيع اي بالاجماع اما عنده فلان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه
دين واما عندهما فلا جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فانه يخرج من كسب العبد الى ملك
المولى ما كان المولى ممنوعا عنه قبل ذلك لحق الغرماء ويدخل في كسب العبد ما لم يكن يتعلق به
حق **قوله** فان سلم المبيع اليه اي الى العبد بطل الثمن وفي المبسوط هذا جواب ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف هذا اذا استهلك العبد المقبوض فان كان قائما في يده فللمولى ان يسترده
حتى يستوفي الثمن من العبد لما انه اسقط حقه من العين بشرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه
في العين على حاله وجه ظاهر الرواية ما ذكر في المتن ولا يستوجبه اي الدين على عبده لان
الدين يعرف بحق المطالبة فلو كان للغير على العبد دين كان المطالب هو المولى مع العبد حتى يقضي دينه
فلو كان له عليه دين يصح ان يطالب نفسه به وهو محال ولان الوجوب لا يراد لعينه بل للاستيفاء ولا يجوز
ان يجب استيفاء ماله من ماله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا اي حينئذ المولى احق بذلك الثمن من
الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دينا في ذمته ويجوز ان يكون عين ملكه في يد
عبده وهو احق من الغرماء كما لو غصب العبد شيئا من ماله او اودع ماله عند عبده اما لو باع
العبد من المولى شيئا وسلم المبيع اليه قبل الثمن لا يسقط الثمن عن المولى لجواز ثبوت الدين على المولى
للعبد كذا في المبسوط **قوله** فان امسكه اي حبس المولى المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد
جاز وانما ذكر هذه المسئلة دفعا لشبهة ترد على قوله ولا يستوجب المولى على عبده دينا بانه لما لم يستوجب
على عبده دينا ينبغي ان لا يملك حبسه سواء سلم المبيع او لم يسلمه فبين الفرق لهذه المسئلة فقال
له حق حبس المبيع كما لو باعه من مكاتبه لان البيع يزيل الملك في العين ولا يزيل ملك اليد ما لم
يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان حتى يستوفي الثمن ولان للدين تعلقا بالعين
وهو المبيع قبل التسليم فصار شبيها بالعين فيجوز ان يكون للمولى حق فيه كما في العين ولهذا يستوجب
بدل الكتابة على المكاتب وهو دين لما انه مقابل برقبة المكاتب بخلاف ما اذا سلم لذهاب التعلق
به اصلا فصار دينا مرسلا والحاصل ان ما وجب من الثمن قبل التسليم ليس بدين مطلق فجاز القول
بوجوبه وبعد التسليم صار دينا مطلقا فوجب القول بسقوطه **قوله** ولو باعه اي
المولى من عبده المأذون شيئا باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة سواء كانت الزيادة قليلة
او كثيرة **قوله** كما بينا اشارة الى قوله ويخير المولى بين ازالة المحاباة الى اخره فصاحب
الكتاب اطلق لفظ المحاباة ههنا من غير ذكر خلاف وهذا وقع في اختيار صاحب المبسوط بين
الاصح كما قررنا اما على اختيار صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز
اصلا عند ابي حنيفة فلا يرد التخيير عنده وعندهما يجوز البيع مع التخيير وفي الكافي ويحتمل
ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول **قوله**
فعتقه اي اعتاقه جائز ولا يعلم فيه خلاف ثم في هذه المسئلة قيود احدها ان المولى يضمن
من قيمته رب الدين والثاني ان الدين لو كان اكثر من قيمته يلزمه قيمته تامة فقط والثالث
ان ضمانه بالاعتاق لا يتفاوت بين كونه عالما بدينه او لم يكن والرابع ان الدين على العبد بسبب
التجارة او غيرها من الغصب والاتلاف وجحود الوديعة يلزمه قيمته والخامس انما يضمن باعتاق
القن المديون اما في اعتاق ام الولد المأذون المديون والمدبر المأذون المديون لا ضمان
عليه كما ذكره في الكتاب واعتاق المأذون المديون يخالف اعتاق العبد الجاني يوجهين احدهما

ان علم بالجناية يوجب اختيار الفدا فيلزمه ارش الجنايه سوا كان زيادة على قيمته اولا وان لم يعلم يلزمه من قيمته مقدار ارش الجناية وقيمته اكثر يلزمه عشره الاف الا عشره ولا يضمن قيمته تامة لان المستحق في الدين مالية الرقبه تبعا للدين فبالاعتاق اتلف ذلك فيلزمه قيمته سوا كان عالما بالدين اولا كما في اعتاق المرهون اما في اعتاق الجاني يوجب القيمه باعتبار الجنايه وقيمه العبد بالجناية لا يزيد على عشرة الاف اليه اشار في المبسوط والايضاح **قوله** وان شاوا اي الغرما ضمنوا المشتري قيمه هذا التخيير لهم اذا باعه المولي بغير اذنهم وبغير اذن القاضي والدين حال ولا يفي الثمن بديونهم حتى لو باعه باذنهم او باذن القاضي او الدين موجل او يفي الثمن ديونهم لا ضمان على المولي في هذه الوجوه وذكر هذه القيود في الذخيره والمبسوط ولو باعه المولى مع حضرة الغرما او غيبتهم والدين موجل جاز بيعه لانه باع ملكه مع قدرته على تسليمه وحقهم متوخر الى زمان حلول الاجل وان كان دينهم حالا لهم منعه من البيع ذكره في الذخيرة والمبسوط

فان قيل حق الغرما كحق المرتهن وذلك يمنع الراهن من البيع سوا كان الدين حالا او موجلا وكحق الغرما في مال وذلك يبطل التصرف المبطل لحقهم سوا كان الدين حالا او موجلا **قلنا** لا كذلك اذ للمرتهن في الرهن ملك اليد وذلك قائم مقام التاجيل في الدين وبه يعجز الراهن عن التسليم وليس للغرما ملك اليد في الماذون ولا في كسبه وانما لهم حق المطالبة بقضا الدين وذلك متاخر الى حلول الاجل وتصرف المريض في ماله انما ينفذ ما دام حيا وبعد موته لا يبقى الاجل ولهذا لا يتصرف الوارث في تركته ويومر بقضا الدين في الحال فلما لم يبق الاجل بعد موته كان الدين الحال والموجل سوا اما ههنا لا سبيل للغرما على منع المولى من التصرف او مطالبته بشي حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو الماليه اما اذا كان الدين حالا فلهم منعه من بيعه لان لهم حق المطالبة والاستيفا فيه وانما قيد ضمان كل واحد من البايع والمشتري بالقبض والتغييب لانهما لا يضمنان بمجرد البيع والشرا بل بتغييب ما فيه حق الغرما وهو العبد فانهم يبيعونه او يستسعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتغييب لا بمجرد البيع والشراء **قوله** كما في المرهون يعني الراهن اذا باع الرهن بلا اذن المرتهن ثم اجاز المرتهن البيع يجوز وكذا ههنا ثم اختلف المشايخ في قول محمد في الاصل اذا باعه بغير اذن الغرما والقاضي فسعه بالحل اي سيبطل لانه بيع موقوف على اجازة الغرما وللغرما حق ابطاله وقيل معناه فاسد اما لو اجازوا البيع او قضى المولى دينهم نفذ البيع لزوال المانع كالراهن اذا قضى دين المرتهن ينفذ بيعه اما اذا لم يكن شي من ذلك والغرما وجدوا العبد في يد المشتري ولم يجدوا البايع لم يكن المشتري خصما في نقض البيع على قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كذا في المبسوط **قوله** فللمولى ان يرجع بالقيمه اي على الغرما وحقهم في العبد لزوال سبب الضمان **قوله** واعلم ان المشتري بان قال هذا عبد مديون وفايدة الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيما بينهما وان لم يكن لازما في حق الغرما اذا لم يكن في ثمنه وفا بدينهم في الاول اي الاستسعا بالموجل والثاني اي البيع ناقض معجل **قوله** فان وصل ولا محاباة في البيع الى اخره في النهايه في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم بخلاف ما لو كفل بغير امره ثم اجاز الاصيل الكفالة لانها وقعت غير موجبه للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة ولم يصر المولى مختارا القضا ما عليه بالبيع كما في الجناية فانه يصير مختارا للفدا اذ الدين ههنا واجب على العبد وامكن استيفاوه منه بقدر العقو ولا يصير مختارا كما هو المذكور في نكاح الجامع الكبير لفخر

٢٥٨ الاسلام والجامع الصغير لقاضي خان والذخيره وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباه ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستسعا فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعا اللهم الا ان يريد فان وصل فلا محاباه في البيع رضي الغرما باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخليه بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا يتمحض لذلك اللفظ حينئذ سابا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه والمعول ما ذكره قاضي خان في جامعه وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعا الى ان يصل اليهم حقهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعا في ملك المشتري فكان لهم نقض البيع **قوله** ومعناه اذا انكر الدين اي المشتري الدين قيد به لانه لو اقر المشتري بدينهم وصدقهم فلهم نقضه بلا خلاف اذا لم يف الثمن بديونهم ذكره المحبوبي وكذا لو كان المشتري غايبا والبايع حاضر فلا خصومة بينهم وبين البايع في رقبة العبد بلا خلاف ذكره في المبسوط خصما لكل من ينازعه فيما في يده كرجل ادعى ان العين التي في يد هذا رهن عنده فان ذا اليد يكون خصما له وليس كالبايع اذا كانت الدار في يده انه لا يكون خصما للشفيع لانه لا يدعي الملك لنفسه حتى لو كانت في يد المشتري يكون المشتري خصما للشفيع لانه يدعي الملك لنفسه **قوله** والفسخ يكون قضا على الغايب والحاضر ليس بخصم عنه وقال المحبوبي وقاضي خان لا مانع من جعل المشتري خصما اذ لو جعلناه خصما ونقضوا البيع عليه لا يمكن ان يباع في ديونهم لانه يعود الى ملك البايع وهو غايب وفي بيعه قضا على الغايب وذلك لا يجوز وهذا الطريق يوجب ان يكون مسئله الشفعه على الاختلاف بخلاف الرهن فان في جعل ذي اليد خصما ثم فايده لان الرهن لا يباع **قوله** ومن قدم مصرا الطلق ولم ينقل واذا قدم عبد مصرا الا انه لا يعلم كونه عبدا الا بقوله **قوله** ولزمه كل شي جواب المسله والمسله على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له تصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس لا يصدق وبه قالت الايمه الثلاثه لانه مجرد دعوى منه فلا تصدق الا بحجه لقوله صلى الله عليه وسلم البينه على المدعي والحجه عندهم اما البينه او السماع من مولاه او دنه او سهوه اذنه بين الناس وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجه تخص به الاثر وترك به القياس ولان في ذلك بلوى وضروره فان الاذن لابد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد اذا الانسان قد يبعث عبده للتجارة فلو لم يقبل قوله لاحتاج الى ان يبعث شاهدين وقلما يوجد ذلك ولما ضاق على الناس امره وعمت بليته سقطت قضيته وكذا هذا القياس والاستحسان في دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشي الا بالاذن ولا بكونه عبدا فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت يحتمل وبه قال الشافعي في الاظهر والعمل بالظاهر هو الاصل اذ الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محموله على الصلاح ولا يثبت الجواز بالاذن فوجب ان يحمل عليه اذ الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان خبر العدل حجة وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى فاذا ثبت كونه ماذونا بالنظر الى الظاهر صحت تصرفاته ولزمته الديون فيستوفى من كسبه **قوله** الا انه لا يباع يعني اذا لم يكن في كسبه وفا لم يبع رقبته حتى يحضر سيده لانه لم يصدق على مولاه لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن كما في المدبر وام الولد الماذونين لا يباع رقبتهما في الدين **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله لتعلق الدين بكسبه لانه من لوازم الاذن بالتجارة فان حضر اي مولاه بيع

في الدين اي اذا لم ينقض المولى دينه لظهور دينه في حقه **قوله** فالقول له اي للمولى مع يمينه
وعلى الغرما البينه لان دعوي العبد الاذن عليه كدعواه العتق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى
الا بالبينه **فصل** لما فرغ من بيان احكام العبد في الاذن شرع في احكام اذن
الصغير وقدم الاول لكثره وقوعه **قوله** اذا كان يعقل البيع اي يعرف ان البيع سالب
للملك والشرا جالب للملك ويعرف الغبن اليسير والفاحش لا بفهم العباره فان كل صبي لو لقن البيع
والشرا يتلقنه كذا في المغني **قوله** وقال الشافعي لا ينفذ تصرفه باذنه وبه قال مالك واحمد
في رواية وقال احمد في رواية وبعض اصحاب الشافعي في وجه كقولنا **قوله** سبب الحجر بقايه
اي بقا الصبا ولا ينتقض بالرق فانه يصير ماذونا مع بقا الرق لما ان حجر الصبا لنقصان عقله لا لحق
غيره بخلاف العبد فان حجره لحق مولاه لا لنقصان عقله فبالاذن صار المولى راضيا بتصرفه وكسبه
حتى يملك المولى التصرف اي التصرف الذي اذن له فيه ويملك حجره اي حجر الصبي عن ذلك التصرف
فلا يكون واليا فيه اذ كونه موليا عليه في هذا التصرف سمة عجزه فيه وكونه واليا فيه سمة القدرة
وهما متضادان فلا يجتمعان في فعل واحد ولانه تعالى قال فان انستم منهم رشدا فادفعوا فقد شرط
البلوغ وايناس الرشد لدفع المال اليهم فدل انه ليس باهل للتصرف لانه لو باع واشتري ثم بلغ فاجاز
لم يجز ولو صح كلامه لتوقف كالعبد يتزوج ثم يعتق فانه يصح وكذا اذن الاب لو صح في حقه يملك الاقرار
عليه بالدين كما يملك في حق العبد وكذا عدم وجوب الفرايض عليه يدل انه غير اهل للتصرف وايضا
قال تعالى ولا تؤتوا السفها الايه والمراد بها الصبيان والمجانين **قوله** على اصلي فان من اصله
ان يكون كل تصرف يتحقق من الولي لا يصح كمباشرة الصبي لان تصرفه فيه بسبب الضروره ولا ضروره فيما
يتصرف فيه الولي وكل تصرف لا يتحقق بمباشرة الولي جعل عقله في ذلك معتبرا ولهذا اعتبر وصيته
باعمال البر واختيار الابوين ولا يتحقق الضروره فيما يمكن تحصيله براي الولي ولهذا لم يصحح الشافعي
اسلامه بنفسه لتحقق اسلامه باسلام احد ابويه كذا في المبسوط قلنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى
اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا الايه والابتلا الاختبار والامتحان واختباره بتفويض
التصرفات اليه فان كان من اولاد التجار فوض اليه البيع والشرا وان كان من اولاد الدهاقين والكبرا
يصان اسالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقته مدة لينفقها في مصالحه فان صرفها في موقعه ويستقصي
عليه فهو رشيد فظاهر الايه يقتضي ابتلاهم قبل البلوغ لانه مدة الابتلا الى البلوغ بلفظة حتى فيدل
على ان الاختبار قبله فعلم ان دفع المال اليه وتمكينه من التصرفات جايز قبل البلوغ اذا صار عاقلا ولان
التصرف المشروع صدر من اهله في محله فوجب تنفيذه ولا خفا في شرعيه التصرف والمحلية وكذا
في الاهليه لان الاهليه للتصرف في التكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان والكلام فيه فثبت الولاية
وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار لان الصبا سبب المرحمة واعتبار كلامه في التصرف
محض منفعه لان الادمي باين سائر الحيوانات بالبيان وهو من اعظم المنافع عند العقلا وهذه منفعة
لا يمكن تحصيلها بمباشرة الولي فيجب ان يعتبر **قوله** والصبا سبب الحجر لعدم الهداية اي
اي الى التصرفات لا لذاته وهو جواب عن قول الشافعي ان الصبا سبب الحجر فيبقى ببقايه يعني الصبا
سبب الحجر لعدم هدايته الى التصرفات لا لذاته وباذن الولي يستدل على ثبوت هدايته فيها
لان الظاهر انه لا ياذن له حتى يعرف هدايته فيها وبقا ولاية الولي لنظر الصبي لتوسع طريق النيل
في الاصابه فيسوغ في المصلحه بطريق مباشرة الولي ومباشرة الصبي ويمكنه من حجره لاحتمال تبدل
حاله من الهدايه الى غيرها ومتى جعلنا وليا باعتبار اصل الاهليه لم يجعله فيه موليا عليه ومتى

جعلناه

جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الاهليه لم يجعله وليا فيه والحاصل ان الصبي مستحق النظر مصون
عن الضرر والتصرفات ثلاثه انواع ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقه فلا يملكه الصبي
وان اذن له الولي ونافع محض كقبول الهدية والصدقة فيملكه بغير اذنه ودائر بين النفع والضرر
كالبيع والشرا والاجارة والنكاح فيملكه باذنه لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل
مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه
ولايه فالحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم
الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون
منعقدا موقوفا على اجازة الولي واما الجواب عن قوله اذا باع الصبي ثم بلغ فاجاز لم يجز لان
عدم الجواز باعتبار انه حين عقد بغير اذن الولي ملحق بالاطفال فلا يقبل الجواز بعد بلوغه لان
اشتراط توقف التصرف لاجل شي يجب ان يكون ذلك الشي موجودا في نفسه على ما مر في مسايل تصرف
الفضولي اما لو اجاز الولي جاز لان الولي موجود يجاز ان يتوقف تصرفه الى رايه وباذنه يرتفع الحاجر
شرعا ثم تبين انه كالبالغ ولكن ذكر في الكافي لو بلغ فاجازه جاز عندنا خلافا لزفر لانه توقف على اجازة من
وليه وقد صار وليا بنفسه بخلاف العبد اذا تزوج ثم عتق لان عدم الجواز كان لحق المولى لا لنقصان
فيه فاذا زال حقه بالعتق نفذ التصرف واما عدم وجوب الفرايض مع صحة النوافل على ما ذكرنا
ان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار وفي توجه الخطاب اضرار عاجل لانه لو توجه عليه ثم
لا يؤدي يعاقب وبالله بخلاف النوافل واما الاية الاولى فحجة لنا كما ذكرنا وكذا المراد من السفها
الذين لا يعقلون البيع او النسا وهو ان الرجل يدفع المال الى زوجته ويجعل التصرف فيه اليها وذلك منهي
عنه **قوله** والجد عند عدمه والوصي الواو ههنا ليس للترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد
وفي المبسوط وليه ابوه ثم وصيه ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصي القاضي فاما الام ووصيها
فلا ولاية لهما عليه فلا يصح الاذن منهما ولا يقال وصي الام لو باع العروض التي ورث الصغير من امه يجوز
لان ذلك من باب الحفظ على الام الميته وعلى الصغير لا لانه تجارة حتى لو اشترى شيا اخر لليتيم لا يجوز
وليس في الاخر تحصين وحفظ كذا في الذخيره وعند الايمه الثلاثه وصي الصبي والمجنون الاب ثم الجد وان
عدما فالسلطان **قوله** بخلاف صاحب الشرط الشرطه بالسكون والحركة خيار الجند واول
كتيبة تحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة يراد به امير البلدة كامير بخارا كذا في المغرب فكان الوالي
اكبر من صاحب الشرط فانه يتولى تقليد القضاة دون صاحب الشرط بل فوض اليه امر خاص لا تقليد القضا
فلا يلي التصرفات على الناس **قوله** ان يعقل كون البيع اي عقد البيع والشرا الى اخره ويعرف
الغبن الفاحش واليسير كما ذكرنا في رواية المغني والتشبيه بالعبد اي في قوله وهو في البيع والشرا
كالعبد الماذون بعد ان ما سبق في العبد الى اخره ولا يقال لا يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد
الى اخره فان العبد الماذون متصرف في كسبه ولا يتصرف فيه مولاه اما ولي الصبي يتصرف في
كسبه لانا نقول تعميمه في تصرفات العبد واجازته وعدم اجازته لا في اجازة المولى وعدم اجازة
الولي فلا يرد نقضا على العموم وفي المبسوط انما يملك وصي الصبي التصرف في كسبه سوا كان على
الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد الماذون فانه يتعلق بكسبه
ويصير المولى في التصرف كاجنبي اخر اذا كان الدين مستغرقا **قوله** ويصح اقراره اي اقرار
الصبي وانما ذكر هذا بعد ما ذكره بطريق التعميم ليتناول الدين والعين لانه صار منفك الحجر بالاذن
فصار رجلا لو كان منفك الحجر بالبلوغ **فان قيل** الولاية المتعديه فرع ولاية القاصره ثم

اقرار الولى عليه عليه باطل فكيف يستفيد هو باذنه ما لم يملكه الولى **قلنا** اقراره بعد
الاذن على نفسه من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح
يحترزون عن معاملته اما اقرار وليه عليه قول على الغير وهو شهادة وشهادة الفرد لا يكون
حجة اذ اقرار المرء على نفسه حجة لا على غيره وبقوله في ظاهر الرواية يحترز عما روى الحسن عن ابي
حنيفة رحمهما الله ان اقراره فيما ورثه لا يصح لان اقراره في كسبه لحاجته الى التجارة وهذه
الحاجة منعدمة في الموروث ووجه الظاهر ان انفكاك الحجر بالاذن عنه كانفكاكه بالبلوغ فيصح
في الكل لانه لما التحق الى رايه راى وليه صار هو كالبالغ ولهذا جوز ابو حنيفة رحمه الله تصرفه
بعد الاذن بالغبن الفاحش كالبالغ **قوله** ولا يملك ان يزوج عبده قيد بالعبد لان عدم جوازه
تزويجه بالاجماع اما عدم جواز تزوج امته خلاف بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف فعنده يملك
تزوج امته لان فيه تحصيل المال فيملكه كالعبد الماذون وعندهما لا يملكه لان النكاح ليس من عقود
التجارة كالعبد الماذون وقد مر **قوله** ولا كتابته اى لا يملك كتابته عنده كما في العبد الماذون
اما يملك اذن عبده في التجارة كالعبد **فان قيل** الاب والوصى يملكان الكتابة في عبد
الصبى فينبغى ان يملكها الصبى بعد الاذن ايضا لان ولايته مستفادة منهما **قوله** والمعتوه
الذى الى اخره يعنى الجواب فيه كالجواب في الصبى المميز ولا يعلم فيه خلاف وفي الذخيرة المعتوه
الذى يعقل البيع والشرا كالصبى اذا بلغ معتوها اما اذا بلغ معتوها ثم عته فاذن له الاب
في التجارة هل يصح اذنه فقال ابو بكر البلخى لا يصح اذنه قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا
وهو قول محمد وهذا بخلاف ما لو عته الاب او جن فانه لا يثبت للابن الكبير ولاية التصرف في ماله
انما يثبت له ولاية التزوج لان ولاية التصرف للقريب في مال القريب انما يثبت اذا كان الولى كامل
الراى وافر الشفقة والاب كامل الراى وافر الشفقة فيثبت له ولاية التصرف في المال والنفس
اما اذا كان كامل الراى تام الشفقة يثبت له الولاية في النفس دون المال كالاخ **قوله**
وغيرهم من الاقارب كالابن والاخ والعم وقيد بقوله من الاقارب لان للقاضى ولاية في اذن المعتوه
ذكره في المبسوط و **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله وذكر الولى في الكتاب ينتظم للاب والجد
الى اخره ولو اشترى اب او وصى امة للصغير او المعتوه وهى ذات رحم محرم من الصغير او المعتوه
لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب والوصى لانه لا نظر في هذا والله اعلم

كتاب الغصب

وجه مناسبة الغصب للاذن ان بالاذن يصح اقراره بالدين وبالغصب فكان ذكر النوع بعد الجنس او
ما دام الغصب قائما في يد الغاصب لا يملكه كالعبد الماذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من
الكسب **اعلم** ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات فلذا كان
الغصب في الكتب ثم الغصب لغة اخذ الشى ظلما وقهرا مصدر غصب غصبا وسمى المغصوب غصبا تسمية
بالمصدر وشرعا اخذ مال متقوم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وقيد بمال محترم اى متقوم
احترازا عن غصب مال الحربى في دار الحرب وقيد بقوله على وجه يزيل يد المالك اذ الشرط فيه عندنا
زوال اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وعلى هذا يخرج المسايل اى ازالة اليد المحقة بالنقل
والتحويل وعند الشافعى وغيره اثبات اليد في المنقول بالنقل الا في الدابة فيلزم فيها الركوب
وفي الفراش الجلوس عليه وفي العقار الغصب يتحقق بالدخول وازعاج المالك حتى لو ازعج ولم يدخل
لم يتمكن ولو دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلا لم يصح وان قصد صار غاصبا للنصف والنصف في

يد المالك والضعف اذا دخل دار القوى وهو فيها وقصد الاستيلا لم يضمن لان المقصود غير
ممكن وان لم يكن القوى فيها ضمن كذا في الوجيز وشرحه واستخدام العبد وحمل الدابة غصب
بلا خلاف لانه اثبات يد التصرف عليه وذلك يوجب قصر يد المالك عنه ولو جلس على بساط
غيره او فراشه او ركب دابة غيره ولم يزله من مكانه لم يكن غاصبا لان جلوسه استعماله وهو
تصرف فيه قلنا البسط فعل المالك وقد يقع اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا يده
وكذا لو غصب حمارا او ساقه فانساق جحشه فاكله الذيب لا يضمنه ان لم يسق الجحش
معه وكذا لو منع اصحاب المواشى حتى ضاعت لم يضمن عندنا وعند الشافعى ايضا ولكن ذكر في فتاوى
قاضى خان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلكه حتى يبس لبن امه قال
ابو بكر البلخى يضمن قيمة العجول ونقصان الام وان لم يفعل في الام شيئا وفايدة الخلاف بيننا وبين
الشافعى في زوايد المغصوب كالولد والثمر فانها غير مضمونة عندنا خلافا له ثم ان كان اى الغصب
مع العلم فحكمه المغرم والماثم بالاجماع العلما وبالكتاب قال تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
والايات كثيرة وبالسنة قال عليه الصلاة والسلام في خطبته يوم النحر ان دماءكم واموالكم حرام
كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا وبلدكم هذا رواه مسلم وغيره وقال صلى الله عليه وسلم من اخذ
شبرا من الارض ظلما طوقه الله من سبع ارضين متفق عليه وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ
مسلم الا بطيب نفسه منه وان كان بدونه اى بدون العلم بان ظن المأخوذ ماله او اشترى عينا
ثم ظهر استحقاقه فالضمان وكذا ان كان الاخذ مغرورا لجهله وعدم قصده دون الاثم بالاجماع لا
لان الخطا مرفوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم رفع عن امتى الخطا الحديث وقال تعالى ليس عليكم جناح
فيما اخطاتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم **قوله** وفي بعض النسخ اى نسخ القدورى قوله فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم سمى الفعل الثانى اعتداء بطريق المعاملة كقوله وجزاء سيئة سيئة مثلها والمجازاة
لا تكون سيئة ولان المثل اعدل لان الواجب ضمان الجبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل صورة ومعنى وذلك
بالجنس والمالية لان حق المستحق في الصورة والمعنى وفيه اعتبارهما فكان اعدل من القيمة التى فيها مراعاة
المعنى فحسب **قوله** وهذا اى وجوب قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وبه
قال اكثر اصحاب الشافعى ومالك وقال الانقطاع وبه قال احمد وبعض اصحاب الشافعى وحد
الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخى هو ان لا يوجد في السوق الذى باع فيه وان كان يوجد في السوق وعلى
هذا انقطاع الدراهم وفي الجواهر المالكية ليس له الامثلة ويصبر حتى يوجد مثله الا ان القاسم وقال
اشهب للمالك بالخيار ان شاء صبر وان شاء اخذ القيمة وهو قول علمائنا وتقدم قول ابي يوسف في
التعليل باعتبار ترتيب الاوقات فان اول الاوقات الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
قوله اذ هو اى الغصب الموجب للاصل والخلف يجب بالسبب الذى يجب به الاصل فيعتبر
قيمته يوم الغصب **قوله** لا يثبت بمجرد الانقطاع اذ النقل باعتبار العجز عن الاصل والعجز
يتحقق عند القضا لان احتمال ان يوجد قبل القضا بعد الانقطاع باق ولانه المحرر قبله **قوله**
معناه العدديات المتفاوتة كالبطيخ والرمان انما العددى المتقارب كالجوز والبيض والفلوس فهو
كالمكيل وبه قال مالك وفي الكافى وقال مالك في العدديات المتفاوتة يضمن مثله صورة من جنس ذلك
لما تلوناه ولكن ذكر في كتاب الجواهر للمالكية وكذا العدد الذى يستوى احاد جملته في الصفة غالبا كالبيض
والجوز ونحوه وهذا يدل على ان قوله في العدديات المتقاربة كقولنا وقال زفر في العدديات المتقاربة
يجب القيمة ايضا لان المماثلة فيه بالاجتهاد لا بالنص ولهذا لا يجرى فيه الربوا فصار الى القيمة لتعذر المثل

قطعا وقلنا المماثلة في احاده ثابتة بالعرف وكان كالثابت بالنص في المقصود وهو جبر النقصان للمغصوب
ما امكن كذا في المبسوط وفي المبسوط في العدديات المتقاربة كالثياب والدواب تجب القيمة فيه
وبه قال الايمة الثلاثة واكثر الفقها وقال اهل المدينة الواجب هو المثل وبه قال اصحاب الظاهر
لكن قالوا اذا لم يوجد مثله يصبر حتى يوجد او ياخذ القيمة لحديث انس قال كنت في حجرة عايشة
رضي الله عنها قبل ان يضرب الحجاب فاتي بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه صلى الله عليه وسلم
فضربت عايشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ياكل من الارض ويقول
غارت امكم ثم جابت عايشة قصعة مثل تلك القصعة فردها واستحسن رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقال علي رضي الله عنه في المغرور بفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا حديث معروف
انه صلى الله عليه وسلم قال في عبد بين شريكين يعتقه احدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب
شريكه وان كان معسرا استسعى العبد غير مشقوق عليه وهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما
لا مثل له وتاويل حديث انس ان الرد كان بطريق المروة ومكارم الاخلاق لا على طريق اداء الواجب
وكانت القصعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام لعايشة تلك التي
كسرت لا يقضون بالمكسور للكاسر وان كان ملكهما كان برضاها فلا يكون حجة لانه يحتمل ومعنى
قول علي بفك الغلام بالغلام اي بقيمة الغلام وقد صح عن عمر وعلي انهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة
وما قال ابن حزم في هذه المسلة كلام لا طايل تحته ويشنع بالتعصب بلا وقوف على المعنى بانه صلى الله عليه
وسلم استسلف بعيرا ورد مثله وقضى عثمان وابن مسعود بمن استهلك فصلانا بفصلان مثلها لان
هذا حكاية حال لا يحتج به لانه يمكن ان يكون بالتراضي ثم عنده يلزم قيمته يوم الغصب وبه قال مالك
وقال الشافعي اكثر ما كانت حين الغصب الى حين التلف لانه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب
بالرد فاذا لم يرد ضمن بدله قال احمد يضمن قيمته يوم التلف لان الرد واجب عليه ويصار الى القيمة
يوم التلف فيعتبر قيمته يوم التلف وعندنا الغصب لا يتحقق في الزوايد فيعتبر قيمته يوم الغصب
وفي الاتلاف يضمن قيمته يوم الاتلاف بلا خلاف **قوله** معناه مادام اي المغصوب قايما
ولا خلاف للعلماء فيه **قوله** لاعبا ولا جادا وفي رواية المصابيح والفايق لاعبا جادا بدون
ولا وزاد في المصابيح فمن اخذه فليرده عليه ولفظ الحديث جا في القضا ومعنى قوله لاعبا اي لا يريد
سرقته ويريد ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغيظ على اخيه
وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله في يد رجل فهو احق به ومن ضرورة كونه احق بالعين وجوب
الرد على الاخذ **قوله** ولان اليد حق مقصود لان ... بدليل جواز الكتابة واذن العبد في التجارة اذ
ليس في مباشرة عقد الكتابة سوى التصرف باليد وعقود الشرعية مع القابل فلو لم يعد عقد
الكتابة ملك اليد بالتصرف لخلا عن الحكم الا ترى ان اسباب العبادات لما لم يوجب حكمها الذي هو
الابتلا بالادا في حق الصبي والمجنون لم يعقد اسبابا في حقهما وكذا في المادون بل باليد يحصل
الانتفاع اي ثمرات الملك فكان اليد حقا مقصودا فيجب فعله دفعا للضرر وفي المبسوط والضمان
في المدبر ليس الا لتفويت اليد فعلم ان اليد حق مقصود **قوله** وهو اي رد العين على ما قالوا
اي المشايخ لانه اي رد القيمة قاصر والكمال في رد الصورة وان ... مل الموجب الاصلي وجوب
القيمة ورد العين مخلص عنه ولهذا لو ابرا عن الضمان حال قيام العين صح حتى لو هلك بعده لا يجب
الضمان ولولا ان الوجوب الاصلي القيمة لما صح الابرا ولو كفل بالمغصوب صح ولو لم يكن الضمان واجبا على الغاصب
لكان كفالة بالعين والكفالة بالدين يصح لا بالعين ولهذا لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب في يد الغا

اذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره في النهاية
قوله فان ادعى هلاكا اي هلاك العين المغصوبة في المبسوط غصب جارية فغيبها فاقام
المغصوب منه بينة انه قد غصبها فانه يحبس حتى يجي بها فيردها وقال ابو بكر الاعمش تاويل
المسلة ان الشهود على اقرار الغاصب بذلك لان اقراره الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة اما
الشهادة على فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المغصوب اذ لا يتمكن القاضي من القضا بالمجهول فلا
بد من الاشارة في الدعوى والشهادة والاصح ان هذه الدعوى والشهادة بالجاحد لاجل الضرورة
فيثبت غصبه بالبينة كثبوته باقراره فيحبس ولو قال الغاصب فات او بعتها ولا اقدر عليها تلوم
القاضي يومين او ثلاثة ومقدار التلوم مفوض الى راي القاضي ولو رضي المالك بالقضا لا بتلوم
وذكر في الذخيرة ذكر محمد في السير انه يقضي عليه من غير تلوم قيل في المسلة روايتان وقيل لا
لكن ما ذكر في السير جواب الجواز معناه لو قضى بغير تلوم يجوز وما ذكر في الاصل ان التلوم افضل
وقال الشافعي القول للغاصب مع يمينه وفي لزوم البدل وجهان احدهما لا يلزمه حتى يصدقه
المالك والثاني يلزمه وهو الاصح وهذا بعد الحبس وبه قال مالك واحمد **قوله**
والغصب فيما ينقل فقوله والغصب مبتدا وفيما ينقل خبره اي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول
بدليل قوله لان الغصب الى اخره **قوله** وبه قال الشافعي وزفر ومالك واحمد اما ما تلف من
الارض والعقار بفعله او بسبب فعله يضمن بلا خلاف بين العلما والخلاف في الغصب لا في الاتلاف
وصورة الخلاف بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الما او غصب دارا فانهدمت بافة سماوية
او جا سيل فذهب بالبنا لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لهم اما لو هدم الحيطان او غيرها
او كشط ترابها والقى الحجارة فيها او نقص بحصل بغرسه او بنايه فيضمنه بلا خلاف وفي المغرب
العقار الضيعة وقيل كل مال له اصل كالدار والارض لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غصب
شبرا من الارض طوقه الله تعالى يوم القيمة من سبع ارضين فقد اطلق لفظ الغصب على الارض
وكذا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد اذ لا يعتد فيه بالمنقول لانه
يمكن الاستيلا عليه على وجه يحول بينه وبين ملكه مثل ان يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فكما
كما لو اخذ الدابة او المتاع وهذا لان المعتبر يد متصرفة وقد تحققت منه اذا اسكنها باهله او امتعته
او زرعها لنفسه واذا تحققت يده انقطع يد المالك عنها ضرورة لان اجتماع اليدين على الكمال لا
يتصور في محل واحد في حالة واحدة واذا ثبت يده عليه وانتفت يد المالك تحقق اثبات اليد
المبطلة وازالة اليد المحقة ولهذا يضمن العقار بالجحود ولان ازالة اليد ليست بشرط في الغصب
كما لو ركب الدابة وهلكت من غير فعل فانه يضمنها بالاجماع وكما لو وهب دار الرجل بما فيها من الامتعة فهلكت
الامتعة قبل ان ينقلها الموهوب له ثم استحقت الدار فللمستحق ان يضمن الموهوب له بلا خلاف والمسلة في
الزيادات ولم تزل الامتعة من يد المالك فعلم ان ازالة يد المالك ليست بشرط ولا الشهود بدار لانسان
لو رجعوا بعد القضا يضمنها قيمتها للمشهود عليه فلما ضمنوا بالشهادة الكاذبة فبالغصب اولى
قوله ومن ضرورته اي اثبات اليد زوال يد المالك الى اخره لتعليل قول محمد لا لتعليل قول
الشافعي عنده يحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك **قوله** فيتحقق الوصفان وهو
ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وفي الايضاح محمد يعتبر ازالة اليد من الوجه الذي ثبت
والمحل كان في يد المالك انتفاعا وارتفاقا وقد زالت تلك اليد بحدوث يد اخرى مثلها لانه لا
يتصور اجتماع اليدين من جنس واحد في محل واحد ولنا ان الغصب لا يتصور في العقار فلا يجب

ضمان الغصب وهذا لان الغصب ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة لان الواجب ضمان جبر متقيد
التفوت وازالة المحل عن يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل كما في المنقول وذلك لا يتصور في العقار
وانما يتصور منع المالك عنه ومنع المالك تصرف في المالك لا في المحل فلا يجب ضمان المحل كما لو بعد
المالك عن المواشي حتى تلفت مواشيه **قوله** لان يد المالك لا يزول الا باخراجه ولهذا
لو دخل دار غيره بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن بالاتفاق وفي المبسوط ازالة اليد علة موجبة
للضمان بدون اثبات اليد حتى لو ضرب على يد آخر وفي يده دره فوقعت في البحر او في يده طير فطار
الطير بضربه يجب الضمان وقد عدم اثبات اليد ولو تجرد للاثبات عن الازالة لم يصلح سببا للضمان
كما لو وضع يده على مال الغير فعلم ان اثبات اليد اذا تضمن ازالة يد المالك يصير سببا للضمان وكان
المعتبر في الضمان ازالة اليد لان الضمان دار معه وجودا وعدما ومسألة الجحود الوديعة في العقار
ممنوعة لا يوجب الضمان في الاصح عندهما ذكره في المبسوط ولئن سلم فالضمان الى اخره وفي المبسوط
انما يضمن بالمنع بعد الطلب لا بالجحود وبالجحود يحصل المنع بعد الطلب وعلى هذا اذا باع دار الرجل
وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عندهما وعند محمد يضمن قيمتها قال فخر الاسلام في الجامع الصغير
ومعنى المسألة اذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشتري وقال شمس الائمة في المبسوط فان
كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك ولا بينة لرب الدار فاقراره باطل في حق المشتري
لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لا
ضمان على الغاصب للمالك في قولهما لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب وو الغصب
الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد في الرجوع عن الشهادات اذا شهدوا بدار
لانسان ثم رجعوا بعد القضاء ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فصل ذلك قول محمد لا تسلطهم الغير على الدار
بالشهادة كتسلط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق
بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف الملك على المشهود عليه وذلك حصل
بشهادتهم حتى لو اقام بينة على الملك لنفسه لا يقبل بينته وههنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم
بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة الا ترى انه لو اقام بينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون
الغاصب ضامنا ويدخل عليه جحود الوديعة فان العقار يضمن بالجحود وليس فيه اتلاف الملك حتى
لو اقام المالك بينة قضى له بها والاصح ان نفوذ جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يوجب الضمان
في العقار عندهما واما الجواب عما تمسكوا انه عليه الصلاة والسلام قال طوقه الله الحديث ولم يذكر الضمان
على ان جزاء ذلك الفعل الوعيد لا الضمان اذ المذكور جميع جزائه فلو كان الواجب عليه الضمان لبينه
اذ الحاجة اليه امس فمن زاد عليه كان نسخا وذا لا يجوز بالقياس والطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل
على تحقق الغصب الموجب للضمان كما انه صلى الله عليه وسلم اطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حرا
ولا دل ذلك على البيع الموجب لحكم مع انه في الصحيحين جاء بلفظ اخذ فقال من اخذ شبرا من الارض ظلما
فانه يطوقه الله يوم القيامة من سبع ارضين فعلم ان المراد من الغصب الاخذ ظلما لا غصبا موجبا
للضمان واما قوله على اليد ما اخذت حتى ترد فمجاز لان الاخذ حقيقة لا يتصور في العقار لان حد الاخذ
ان يصير المأخوذ تبعا ليده لانه مفعول فيه وكان هو منصرفا الى المنقول ضرورة لتعمل بالاخذ على
حقيقته لا يتصور في العقار واما الزيادات فقيل ذلك الجواب غير مستقيم على اصل محمد لانه وافقنا
على انه يضمنه بدون النقل لكن الجواب فيه ان الواهب نقله الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة
كانت مفوتا يد المالك فانتقلت بصفتها والضمان في مسألة الراكب الضمان باعتبار الاتلاف لا الغصب

ولهذا لو ركب حرا فتلف تحته ضمن وأما مسألة الشهادة فقد مرت فيما نقلنا من المبسوط اليه اشار
في المبسوط والاسرار **قوله** يضمن به اي بالاتلاف لجواز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر
قوله ويدخل فيما قاله اي التداوي بقوله وما نقصه منه بفعله وسكناه انهدام الدار بسكناه ما
كان عمل الحداده والقصارة حتى لو انهدم بغير سكناه وفعله بآفة سماوية لا يضمنه عندهما **قوله**
فهو على الاختلاف في الغصب اي لا يضمنه البائع بالبيع والتسليم عندهما خلافا له في الصحيح كما ذكرنا في
مسألة الجحود وقيد بقوله ولا بينة لصاحب الدار اذ لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لتمكنه من اخذ
الدار بالبينة من المشتري **قوله** وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان ولا نعلم فيه خلافا لانه
البعض والعقار يضمن بالاتلاف بلا خلاف وفي التتمة اختلفوا في تاويل نقصان الارض قال نصير بن يحيى
ينظر بكم تستأجر قبل استعمالها وبكم تستأجر بعده فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة ينظر بكم
تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى بعده فتفاوت ما بينهما نقصانها قيل رجع محمد بن سلمة الى قول نصير
قال السغدي ان كان عرف اهل تلك القرية انهم يزرعون ارض الغير بغير اذنه على وجه المزارعة
ربع من غير اذن وعقد لرب الارض ان يطالبه بحصة الارض وذكر ابو الليث في هذه الصورة الزرع للزارع
وعليه نقصان الارض **قوله** ياخذ رأس ماله وهو البذر وما انفق وما غرم اي قدر ما غرم
من نقصان الارض ويتصدق بالفضل صورته مثلا اخرجت اربعة اكرار ونقصها الزراعة وبذره
كر ولحقته مؤنة كر وقدر قيمة النقصان كر يفضل الخارج عن رأس ماله كر فيتصدق به لانه ربح ما لم
يملك وعند ابي يوسف لم يتصدق لان المبني عنده ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن **قوله** وفي اكثر
النسخ المختصر اي نسخ القدوري وقوله عند العجز عن رده بحث على هذا قول من قال ان الموجب
الاصلي في الغصب رد العين و**قوله** او يسقط القيمة بذلك اي بالعجز على قول من يقول الموجب
الاصلي هو القيمة وانما رده بينهما لاختلاف المشايخ في ان الرد هو الاصل او القيمة ولهذا تعتبر قيمته يوم
الغصب فعلم ان الموجب الاصلي هو القيمة وقد بينا اختلاف الائمة الثلاثة في اعتبار القيمة **قوله**
ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه بان كانت جارية فاعورت او شابة صارت عند الغاصب عجوزة
او ناهدة الثديين فانكسر ثديها او لم يكن في بدنه بان كان عبدا محترفا فنسي ذلك عند الغاصب او قارئا
فنسي القرآن ففي هذا كله يضمن النقصان ولا نعلم فيه خلافا هذا اذا كان النقصان يسيرا اما اذا كان كثيرا
يتخير المالك بين الاخذ وتضمين النقصان والترك وتضمين جميع قيمته كذا في المبسوط وعند الائمة الثلاثة
للمالك اخذ العين مع قيمة النقصان سواء كان فاحشا او يسيرا **قوله** بخلاف تراجع السعر اي لا
يضمن الغاصب ما نقص من قيمته بتراجع السعر ولا خلاف فيه للفقهاء واكثر العلماء لان الذات لم تتغير
عما كان عليه وتغير السعر يرجع الى رغبات الناس دون فوت الجزء وقيد بقوله اذا رد في مكان الغصب
لان تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف المكان فالمالك بالخيار ان شاء اخذ القيمة في مكان الغصب وان
شاء انتظر لانه اذا اخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من نقل الغاصب اذ القيمة تختلف
باختلاف الاماكن وهذا الفوات يحصل من قبل الغاصب وهو نقله الى هذا المكان فكان له ان لا
يلتزم الضرر ويطالبه بقيمة مكان الغصب او ينتظر كذا في الايضاح و**قوله** وبخلاف المبيع معطوف
على بخلاف تراجع السعر يعني المبيعة اذا اعورت في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته حتى لا يسقط شيء من
الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري بين ان يأخذها بكل الثمن وبين ان يتركها لانه ضمان وصف لما ذكرنا ان
ان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فيتعلق بالفعل وهو القبض يعرض والفعل
حل الذات بجميع اجزائها واوصافها فكانت مضمونة وهو معنى قوله على ما عرف ومراده اي مراد

القدوري من قوله ضمن النقصان في مال الربوي يجوز اما في الربوي بان غصب حنطة فعفنت عنده
او آنية فضة فهشمها في يده او انكسر الدراهم او الدنانير فصاحبه بالخيار ان شا اخذه ولا شي له غيره
وان شا تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا كذا في الايضاح وفي المبسوط استهلك قلب فضة
فعليه قيمته من الذهب مصوغا عنده وقال الشافعي يضمن قيمته لاصحابه فيه وجهان اصحهما انه
يضمنه بجنسه فيكون الزيادة بمقابلة الصنعة وبه قال القاضي الحنبلي لان الربا يجري في العقود
لا في الغرامات وفي وجه يضمن بنقصه بغير جنسه وبه قال احمد لانه يستند الى السبب الموجود
في يد الغاصب ولنا ان الجودة والصنعة في الاموال الربوية لا قيمة فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها
يلزم الربا فللمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا ولو وجد صاحبه
مكسورا لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح خلافا لما ذكرنا **قوله** لانه يؤدي الى
الربا اي تضمين النقصان مع استرداد الاصل يؤدي الى الربا لانه اعتياض عن الصنعة بانفرادها
ولا قيمة لها في الاموال الربوية فكان له الخيار بين الاخذ مع النقصان وبين تركه وتضمين قيمته
فان قيل الجودة ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس لتحقق احكام المماثلة اما عند
المقابلة بخلاف الجنس معتبرة حتى جاز بيع الحنطة الجيدة بالشعير كيف ما كان وكان للمالك تضمين
الجودة بخلاف الجنس في الغصب دفعا للضرر عنه وليس في استرداد العين المتعينة مقابلة الجنس
بالجنس فلا يلزم الربا **قلنا** مقابلة الجنس بالجنس موجودة فيما يجب فيه لانه اذا تغير صار
شيئا آخر كالعصير اذا تخمر وصار شيئا آخر وصار كان المغصوب هلك ولو هلك حقيقة واخذ
المالك مثل المعيبة ودرهما للنقصان كان ربا فهذا مثله كذا افاده شيخي العلامة رحمه الله **قوله**
فاستغله اي آجره واخذ الاجرة فنقصته الغلة اي العمل في الاجارة جعله مهزولا وهذه المسئلة بهذا
الوضع من مسائل الجامع الصغير وفي المبسوط لم يذكر نقص الغلة **قوله** لما مر وهو انه في ضمانه
بجميع اجزائه والغلة للغاصب وقال احمد والشافعي الغلة للمالك لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب العبد
فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء ولنا وجوب الاجر بالعقد لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد
هو الغاصب فهو الذي جعل منافعه بالعقد والامكان هو الى نها لكن يتصدق بالغلة لانها حصلت بكسب
خبيث وهذا اي التصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف هو يقول هذا ربح حصل في ضمانه
وملكه فيطيب به ككسب المبيع بعد القبض وقلنا انه مستفاد بسبب خبيث وهو التصرف في مال الغير
والحكم ثبت مضافا الى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فما حكم ذلك السبب وسبيل مثلها التصدق ثم الملك
ثبت فيها بالاستناد لكن الاستناد ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في القائم لا في الفائت فلا يزول
به الخبث وهذا معنى قوله في الكتاب والملك المستند ناقص وهذا جواب عن قول ابي يوسف يملك مستندا
عندنا واصل هذا حديث الشاة المصلية وهو معروف **قوله** بخلاف ما اذا باعه اي الغاصب
العبد المغصوب بعد الاستغلال **قوله** لان الخبث ما كان لحق المشتري يزول بالوصول اليه
قوله الا اذا كان اي الغاصب لا يجد غيره اي غير الاجر مالا فلا باس ان يؤدي من الغلة لانه
محتاج اليه في تفريغ ذمته وتخليص نفسه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه مقدمة على حق الفقراء و **قوله**
لما ذكرنا اشارة الى انه ملكه ملكا خبيثا وسبيله التصدق وقد نص في الذخيرة هذا اذا اجر الغاصب
اما اذا آجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة فان اخذ العبد الاجرة يا المالك مع العبد بلا
خلاف لاحد ولو اخذ الغاصب الاجر من العبد واتلفه لا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه الضمان
وبه قال الائمة الثلاثة لانه اتلف مال الغير من غير اذن فيجب عليه ضمانه ولا شك ان الاجر الذي
اخذه

اخذه العبد مال المولى لانه كسب عبده ولابي حنيفة نعم الكسب مال المالك لكنه لا عصمة له في
حق الغاصب بعد الغصب فاشبه نصاب السرقة بعد القطع وذلك لان العصمة تثبت بيد حافظه
بنفسه او بيد نائبه ويد المالك لم تثبت على هذا المال ويد الغاصب ليس بيد نائبه ولا يقال
الاجر في يد العبد فكان في يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه واذا كان العبد في
يد الغاصب فلم يكن العبد محرزا حافظا نفسه عن الغاصب فلا يكون محرزا حافظا ما في يده ايضا وكذا املهما في
كسب المبيع قبل القبض غير مضمون على البايع بالاتفاق وكذا هنا او نقول الاجر منفعة العبد فلو استهلك
الغاصب منفعته لم يضمن وكذا اذا استهلك بدله **قوله** وهذا اي التصدق بجميع الربح للمالك
والمشتري ملكه ولو دفع المال في اخر مضاربة فالحكم في الربح على ما ذكرنا من الخلاف وليس على المالك
من اجر العامل شي عند احمد لانه لم ياذن له العمل في ماله ولا على الغاصب ان كان المضارب عالما بالغصب
وان لم يعلم لزم اجر عمله على الغاصب كالعقد الفاسد وقد مرت لكن الا ي في مثله ومن غصب عينا
فاستغله ثم هذا اي عدم طيب الربح ظاهر فيما يتعين كالعروض ونحوها لان العقد يتعلق بها حتى لو هلك
قبل القبض بطل البيع فيتسبب الرقبة واليد في البيع بملك خبيث فيتصدق به اما فيما لا يتعين كالثمنين
اي الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب اي الجامع الصغير اشترى بها يشير الى انه اشار اليها ونقد منها
اذ ظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به اذا اشار اليها ونقد منها **قوله** لان الاشارة اذا
كانت لا تفيد التعين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها ولانه لما اشار اليها صار مقصوده
عينها غير انه يتخير بين ادائها عينها او مثلها تخيرا وفاها فقد تم حكم العرض منها والمسئلة بحالها يتصدق
بالربح كذا هنا كذا ذكره المحبوبي قال مشايخنا لا يطيب اي الربح قبل اداء الضمان وبعده و **قوله**
بكل حال يتعلق بالصورتين لدفع العدوان وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين اي الجامع الصغير
والجامع الكبير والمضاربة من المبسوط حيث قال يتصدق بجميع الربح مطلقا وحاصله انه متى استفاد
بالحرام ملكا من طريق الحقيقة اي فيما يتعين او الشبهة اي فيما لا يتعين ثبت الخبث وقط لا تثبت الشبهة
الا استفاد شيئا لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد بمعرفة النقد والقدر واذا نقد استفاد
به سلامة المشتري فاما ان يصير عينها عوضا فلا شك انه لا يثبت الا بالشبهة واذا اشار ولم ينقد
فقد استفاد جواز العقد واذا نقد ولم يشر فقد استفاد بها سلامة المشترى فيكتسب الشبهة بكل حال
فقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الحرمة والخبث وفي الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم
على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا قرار الصدر الشهيد وشمس الائمة
السرخسي **قوله** ولو اشترى بالالف اي الالف المغصوبة او الحرام جارية وفي جامع ابي
اليسر هل يباح له الوطي او الاكل الصحيح انه لا يباح لان في السبب نوع خبث ولهذا المعنى غاصب فيه
قليل يقوى لشتري شيا شيئة ويصرفه الى حوائجه لم يقضي الثمن وفي جامع المحبوبي ونوادر ابن
سماعة غصب ثوبا او كرا فاشترى طعاما لا يسعه ان ياكل حتى يؤدي قيمة الثوب او مثل الكر ولو
غصب دراهم فاشترى بها طعاما وسعه اكله لان الثوب اذا استحق بخلاف ما اذا
استحقت الدراهم ولو اشترى بالثوب والكر المغصوبين جارية لا يحل وطيها اما لو تزوجها بالثوب
او بالكر امراة حل وطيها لان باستحقاق المهر لا ينتقض النكاح لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس
لان الربح فضل وهو انما يكون بعد المساواة والمساواة انما يتحقق عند اتحاد الجنس ولا مجانسة
ههنا فلا يثبت التساوي فلا يثبت الفضل ولان الخبث يعمل في التصدق لا في التضمين اذ الانسان
لا يضمن بالاتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة التضمين فيسقط اصلا بخلاف المضارب

اذا اشترى بالف المضاربة عبدا يساوي الفين فاعتقه المضارب حيث جاز عتقه في ربعه فقد
ظهر الربح في الالف الزايد على الالف التي هي راس المال مع ان العبد غير الالف الذي اعطاه رب
المال والمسلة في المبسوط لما ان في المضاربة لما تعين راس المال عبدا بتصرف المضارب وفي
العبد زيادة قيمة تضعف راس المال ظهر الربح لبقا العبد وظهور المجانسة بين راس المال
والربح لان نصف العبد بمقابلة راس المال والنصف الاخر بمقابلة الربح وفي مسلتنا ظهر الربح
بزيادة القيمة عن الجارية على الالف المغصوب به ولكن ازالها عن ملكه بغير عوض مالي فلم يعمل
ظهور الربح فلا يجب التصدق بمقابلة الربح

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

لما ذكر الغصب ومقدماته شرع في بيان احكامه **قوله** بعمل الغاصب قيد به لانه لو
تغير بدون فعله بان صار العنب زبيبا او الخمر خلا بنفسه والحليب لبنا والرطب تمرا فالمالك
بالخيار ان شا اخذ وان شا ضمنه وتركه ولو صار العنب زبيبا بحله ملكه كذا في فتاوى العتابي
قوله حتى زال اسمها احتراز عما غصب شاة وذبحها حيث لم يزل ملك مالكها لانه لم
يزل اسمها يقال شاة مذبوحة شاة حية اما لو ذبحها وسواها او طبخها او غصب حنطة فطحنها
او حديدا فاتخذه سيفا يزول ملك المالك عنه لوجود المخالفة لان الحنطة والدقيق والحديد
والسيف لزوال اسم الشاة بعد الطبخ واسم الحنطة بعد الطحن واسم الحديد بعد اتخاذ السيف
وكذا لو غرس النواة **قوله** وقال الشافعي حق المالك لا يسقط وبه قال احمد وابو يوسف
في رواية غير انه اذا اختار المالك اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عند ابي يوسف لانه يودي الى
الربا لانه ياخذ عن حنطة مع شي اخر اذا الدقيق غير الحنطة وعند مالك لو ذبحها وشواها يضمن قيمتها
ولو ذبحها ولم يشوها اخذها مذبوحة وما نقصها الذبح كقولنا وعنده يضمنه وعن ابي يوسف
يزول ملكه عنه لكنه يباع فيشترى له به حنطة مثل حنطته فلو مات الغاصب فالمالك احق به من
ساير الغرما لانه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا يسقط
حقه اذا ازيلت يده بغير رضاه بان [illegible] من المشتري بغير اذن البايع فههنا اولى لان لا يسقط حقه وفي
الايضاح عن ابي يوسف ثلاث روايات احدها كقولنا **قوله** ويتبعه الصفة لان المالك صاحب
الاصل والغاصب صاحب صفة والصفة تابعة بالاصل ما معه له فيرجح صاحب الاصل على صاحب
التبع وهذا لان الدقيق حنطة فرقت اجزاوها وتفريق الاجزا لا يسقط حق المالك كالقطع في الثوب
والذبح والسلخ والتاريب في الشاة بدون الطبخ ولا يعتبر بفعله اي بفعل الغاصب لانه عدوان
محض فلا يصلح سببا للملك فلغى فعله والحق بالعدم وصار كالحنطة وقعت في الطاحونة بهبوب الريح
وصارت دقيقا حيث لا يسقط حق المالك ولنا انه اي الغاصب احدث صنعة متقومة لان الحنطة
تزداد قيمتها بالطحن وكذا في ذبح الشاة مع طبخها وكذا البواقي فاذا ازدادت قيمتها بفعل الغاصب
وزال اسمها وعظم منافعها صار مستهلكا فصار كانه استهلكه والمستهلك مضمونا عليه بمثله
والحصول له لانه كسبه والكاسب احق بكسبه وهذا معنى قوله هالك من وجه اذ قيام الشي بصورته
ومعناه وقد انعدمت الصورة لتبدل الاسم وهو ظاهر اذ هو الدقيق غير صورة الحنطة وكذا انعدم
المعنى لانعدام عظم منافعها فان الحنطة تصلح لاشيا كثيرة مثل البذر والكشك والهريسة والنشا شتح
وغيرها وبالطحن هلك المنافع واذا امتنع المغايرة بينهما صورة ومعنى يكون الاول مستهلكا ضرورة اذ الشي
الواحد يستحيل ان يكون شيئين مختلفين في الصورة والمعنى ولا يقال المقصود الاصلي بالحنطة التغذي لانها خلق
لمصالح الانفس وكذا في ساير المطعومات وبالطحن لم يفته ذلك وكذا بالزراعة لان الزراعة استدامها

فيكون

فيكون وسيلة اليه ولهذا يجري الربا بين الدقيق والحنطة ولا ربا بدون المجانسة لانا نقول لا شك
في فوات الصورة وبفواتها يفوت المعنى اذ المعنى قايم بالصورة ولا نسلم ان المقصود من الحنطة
الاكل اذ العقلا ما اعتاد واكل عين الحنطة الا بعد القلي واتخاذ الهريسة او الخبز بعد وجود
الدقيق والدقيق وجود الحنطة فيكون وسيلة الى هذا المقصود فيكون المقصود الاصلي من عين الحنطة
الزراعة وكذا المقصود من عين السمسم الزراعة ومن عين العنب التفكه فاما الخل والدقيق فمقصود
من عين العصير لا من عين العنب وجريان الربا شبهة المجانسة لما ان عمل الطحن بتفريق الاجزا وباب الربا
مبني على الاحتياط واذا اهلك الاول بفعله صار ضامنا مثله والدقيق حادث بفعله فيملكه والصنعة
قايمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة وكانت الصنعة راجحة في الوجود وترجيحه يرجع الى الحال
وترجيحنا الى الوجود فالرجحان في الذات احق من الرجحان بالحال لانها تابعة للذات ولا يجعله اي
الغاصب من الطحن وغيره سببا للملك الى اخره يعني فعله صار محظورا من حيث تفويت يد المالك
عن المحل لا من حيث احداث الصنعة اذ احداث الصنعة مشروعة في نفسه وانما حرم ههنا
بان جعل مال الغير بمنزلة الالة فاشبه الاحتطاب والاصطياد بقدوم الغير وقوس الغير
وفرس الغير وهذا جواب عن قول الخصم انه به **قوله** بخلاف الشاة اي في
ظاهر الرواية يضمنا النقصان لا قيمة الشاة وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يضمنه النقصان
لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا ملتزم بمقابلته العوض وجه الظاهر انه زيادة من حيث
التفويت الى الانتفاع باللحم ولكنه نقصان بتفويت ساير الاعضا من الحيوان فلاجله يثبت الخيار للمالك
كما في قطع الثوب كذا في المبسوط وفي طريقة بعض مشايخنا اذا ذبح الشاة سقط حق المالك وكذا
اذا اربها لفوات التركيب والمنافع على المالك ولكن الصحيح انه لا يسقط لما ذكرنا ان بالذبح لا يفوت
اسم الشاة ولا اعظم منافعها والتاريب لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه ولا يكون ذلك تبديل
العين فبقي حق المالك **قوله** وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقا الاسم على عدم الانقطاع
وبفوات الاسم على الانقطاع شامل لعامة فصول مسايل الغصب ويتفرع عليها اي على الفصول
المذكورة غيرها مثل خبز الدقيق ونسج الغزل وغزل القطن وعصر السمسم فانها يقطع حق المالك
عندنا ذكره في الايضاح خلافا للشافعي ومن تابعه **قوله** في الشاة المصلية اي المشوية من
الصلي من حد ضرب روى ابو حنيفة عن عاصم ابن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى انه عليه الصلاة
والسلام كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه
فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي لو كان اعز
من هذا لم [illegible] على بها وسارضيه بخير منها اذا رجع قال عليه الصلاة والسلام اطعموها الاسارى
رواه ابو داود نحوا من هذا قال محمد يعني المحبوسين قال محمد هذا الحديث حمله ابو حنيفة اصلا
في اكثر مسايل الغصب كذا في المبسوط فالامر بالتصدق يدل على زوال ملك مالكها وملك غاصبها
اذ لولاها لامر بحفظها لمالكها وردها عليه اذ ملك الغير يحفظ عليه ويرد اليه اذا امكن ودل على
حل الانتفاع للفقير وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل ادا الضمان بالتراضي او بالقضا ولا يرد علينا
اللقطة فان الشارع امر بتصدقها مع انها ملك مالكها لانه امر بتصدقها بعد تعريفها وعجزها عن
اصابة المالك وعن صيانته للمالك وههنا المالك معلوم ويمكن الرد عليه فلا يجوز التصدق بدون رضا
كما لو علم صاحب اللقطة ويمكن الرد عليه كذا ذكره الامام البرغري وفي المبسوط لو قضى القاضي بالضمان
يحل الانتفاع بمجرد القضا لوجود الرضا من المالك اذ الحاكم لا يضمنه الا بعد طلبه فكان راضيا به **قوله**



وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها سقط حق المالك عندنا خلافا للشافعي
قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه فحينئذ لم يبق عين يتعلق به حق المالك فيباح به
الانتفاع به بخلاف ما تقدم اي الحنطة فطحنها وشاة فذبحها وطبخها لقيام العين فيه من وجه لما
ذكرنا ان اثر الطحن في تفريق الاجزا فيكون العين باقيا من وجه ولهذا قال ابو يوسف اذا غصب
نواة فغرسها وصار شجرا لا يكره الانتفاع بها كما في الحنطة اذا زرعها لان الحب بالزرع يعفن فاذا
عفن لم يبق متقوما فلم يبق تعلق حق مالكها فكذا النواة بعد الغرس تعفن فلا يبقى حق مالكها فيها اما
لو غصب الودي وغرسه وصار نخلا يكره الانتفاع لها حتى يرضى صاحبه لان الودي يزيد في
ولا يهلك فبقي حق مالكها من وجه قوله واصله اي اصل هذا الخلاف ما تقدم في مسئلة من غصب
عبدا فاشتغل فالطيب يدير على الضمان عنده لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذبح ما لم يضمن وعندهما
على رضى من له الحق قوله فياخذها ولا شي للغاصب وبه قالت الائمة الثلاثة وقيد تضمنهما
دراهم او دنانير لان في كسر الدراهم والدنانير وقلبها يضمن مثله بالاتفاق ولانه عين يضعفه ولا يتم
دفع الضرر عن صاحبه الا بايجاب المثل والمكسور للكاسر بعد الضمان وان شا صاحبه اخذ المكسور
ولم يرجع عليه بشي ويستوي ان انتقص ماليته بالكسر او لم ينقص لان صفة العين تغيرت بفعله
وذلك كاف لاثبات الخيار له اما لو استهلك القلب فعليه قيمته مصوغا من غير جنسه وعند الشافعي
من جنسه وقد مر الا يرى انه كسره يعني بالكسر تبدل الاسم والمقصود فان قبل الضرب يسمى ذهبا
وفضة وبعده درهما ودينارا والكسر لا يصلح راس المال في المضاربات والدراهم والدنانير يصلح فثبت
انهما اختلفا حكما فصار كالمسائل المتقدمة قوله الا يرى ان الاسم باق بعد الصنعة يقال ذهب
وفضة قوله من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في
هذا الحكم كالدراهم فلا اعتبار ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة عن الاصل وبه فارق
الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجه من الوزن وحب ان يكون مال الربا حتى لو باع قمقمة بقمقمين
يدا بيد يجوز ذكره في كتاب الصرف وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمهم قد
تبدل هناك اما ههنا فلم يتبدل الاسم بالصنعة وحكم العين فلما بقي العين وحكمه فللمالك اخذ
وان وجد صنعة الصرف لما انه لا قيمة للصنعة في هذه الاموال اليه اشار في المبسوط قوله
وكذا الصنعة فيها اي عين الفضة والذهب وقوله مطلقا تحرز عن كسرانا بهما وقلبها يضمن
بضمن قيمته من خلاف جنسه على ما ذكرناه قوله ومن غصب ساجة في المغرب الساجة بالجيم
الخشبة العظيمة اي الخشبة المنحوتة المهياة للاساس ونحوه واما مسئلة الساحة بالحا المهملة فيجي
قوله ولزم الغاصب قيمتها وفي الذخيرة هذا اذا كانت قيمة البنا اكثر من قيمة الساجة اما اذا
كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البنا لم يزل ملك مالكها عنها بالاجماع ويجي تمامه في مسئلة الساحة
ان شا الله تعالى والوجه من الجانبين قدمناه اي في مسئلة واذا تغيرت العين المغصوب بفعل الغاصب
في اول الفصل وبقوله قال مالك واحمد وزفر ووافق الشافعي في هذه المسئلة والفرق لزفر ان في
مسئلة الحنطة تصير مستهلكة بالطحن وههنا زيادة وصف من غير استهلال وعلى هذا الخلاف لو
غصب خيطا وخاط به شيئا وهو بحاله فانه يجب نقض ذلك ورد الخيط على صاحبه عندهم وعندنا
لا اما لو خاط بالخيط جرح حيوان يوكل فعنده للشافعي واحمد قولان في قول يجب رده وفي الثاني ينتقل
حقه الى القيمة وفي المغني لابن قدامة فان خاط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب
العقور يجب نزعه ورده وان خاط به جرح حيوان محرم لا يحل اكله كالادمي والبغل والحمار

الاهلي وخيف من نزعه الهلاك وابطا برؤه لا يجب نزعه وان خاط به جرح حيوان ماكول لغير الغاصب
وخيف التلف بنزعه لم ينزع لان فيه اضرارا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولو كان الحيوان للغاصب
فقال القاضي يجب نزعه ورده وقال ابو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا والثاني لا لان الحيوان حرمة
في نفسه ولهذا نهى صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لا لماكله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ولو ادخل
اللوح المغصوب في السفينة فان كان في الساحل لزمه رده وقلعه وبه قال الشافعي ومالك وان كان
في لجة البحر واللوح في اعلاها بحيث لا تغرق بقلعه يقلع وان خيف غرقها لم يقلع حتى يخرج الى الساحل
ولصاحب اللوح طلب القيمة فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة وبه قال اصحاب الشافعي
قوله واخرنا اي دليل اخرنا قوله وادخل اللوح المغصوب في سفينته وفي الاسرار
صورة المجمع عليها فيما اذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر وخيف الغرق لما ذكرنا ان عند
الشافعي اذا كانت السفينة ساكنة في جانب البحر ينزعه وكذا قيد بقوله خاط بطن عبده او جاريته
لان فيه اجماعا لان فيه تلف النفس كما نقلنا من مذهبهم وقلنا بالبنا اثبت لنفسه حقا محترما
فلا يجوز ابطاله اذا طالبه لم يبطل فلما حرم ابطاله وصار بحال لا يمكن التمييز بينهما ولا سبيل الى الاشتراك
بالاجماع فحق الغاصب اولى بالاعتبار اذ في نقضه اضرار للغاصب باهلاكه بلا خلف اما ضرر
المالك مجبور بالضمان ولا يقال صاحب السلعة صاحب الاصل اذ البنا تابع له ولا شك ان صاحب
الاصل يرجح بمراعاة جانبه على جانب صاحب الوصف لان الوصف هو البنا قائم من كل وجه والاصل
قايم من وجه هالك من وجه لانه صار تبعا لملك غيره وهذا صار يجب يستحق بالشفعة بعد ان
كان منقولا لا يستحق بالشفعة فانعدم فيه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا والقايم من كل وجه
يرجح على القايم من وجه وفي الذخيرة لو اراد الغاصب نقض البنا ورد الساحة مع تملكها
بالضمان بعد القضا بقيمتها لا يحل وقبل القضا بها قيل يحل وقيل لا يحل لانه تضييع المال بلا فايدة
قوله في حوالي الساحة بان يجعله عمادا للجدار اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض لانه متعد
فيه والساحة من وجه كالاصل فيتقدم للرد كما في مسئلة الساجة وجواب الكتاب وهو قوله بنى عليها
يرد ذلك لانه قال بنى عليها وهو الاصح اي جواب الكتاب لان محمدا ذكر في كتاب الغصب لو غصب
بقرة واحد منهما مراده انقطع حق المالك وهو في العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فلا
بد لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير او ملك نفسه وهو الصحيح كذا في المبسوط قوله وكذا
الجزور اي الابل وهو ما اعد للجزر وهو القطع اي الذبح يذكر ويؤنث كذا في المغرب وقد بينا ان في
رواية الحسن لا يضمن النقصان اذا اخذ الشاة وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر حكم الشاة من الاختيار
من تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار النقصان بان يقال والنقصان بالذبح في
الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجمل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر
والنسل مطلوبا فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق اجر المثل من جزارته على المالك لانه حق
مقصود فيها فكان زيادة فيها لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما
زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحياة
عن الحيوان نقصان وكان المالك مخيرا لانه يحتمل ان يكون مقصوده فيها سوى الدر والنسل من الاسمان
وتبقيتها الى زمان ليحصل مقاصده منها قوله ولو كانت الدابة غير ماكولة اللحم وفي تقييد هذا
الحكم بغير ماكول اللحم ليست زيادة فايدة لما ان الحكم في ماكول اللحم كذلك لان بقطع الطرف للمالك
اختيار تضمين جميع القيمة في الماكول وغيره ذكره في المبسوط وفي الذخيرة والمغني وفي المنتقى هشام عن

محمد فيمن قطع يد حمار او رجله فكان لما بقي ان يمسكه و ياخذ النقصان اما لو دبحه وكذلك الخيار
ولو قتله فليس له الخيار لان جلده لا قيمة له حينئذ اما في الذبح بمنزلة الدباغ وفي النوادر قطع اذن
الدابة او ذنبها يضمن النقصان لا غير **قوله** لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع طرفه فلا
يكون مستهلكا من كل وجه لبقاء صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل ومن حرق ثوبا المراة من الثوب
ما يلبس وما لا يلبس كالكرباس ... دليل وضع محمد في المبسوط ويدل لتعليل شمس الائمة في مبسوطه
و**قوله** والصحيح الى اخره احتراز عما ذكر قبله ان الفاحش ما يبطل به عامة منافعه وعما ذكروا
غير ذلك بعضهم قالوا اما اوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش وقيل ما اوجب نقصان نصف القيمة
فاحش وقيل الفاحش ما لا يصلح لثوب واليسير ما يصلح قال شيخ الاسلام ما ذكره لا يصح بدليل ان
محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع فعلم ان الصحيح ما ذكره محمد
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة بان فات جنس المنفعة وبقي العين وبعض المنفعة
واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان اي في المالية **قوله** جعل في
الاصل اي المبسوط قطع الثوب بدون الخياطة نقصانا فاحشا اما لو خاطه ينقطع حق المالك عندنا
ذكره في الذخيرة وعند الائمة الثلاثة لا ينقطع وقالوا في الشق اليسير ياخذ الثوب ويضمنه النقصان
وفي الفاحش كذلك عند الشافعي واحمد وعند مالك يخير كقولنا قال شمس الائمة هذا الحكم الذي
ذكرناه في الحرق في الثوب هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان التعيب
هناك فاحشا او يسيرا لصاحبه الخيار بين الامساك والدفع وتضمن قيمته وفي الامساك لا يضمن النقصان
لانه يودي الى الربا **قوله** قيل له اقلع البنا والغرس ولا نعلم فيه خلاف لقوله صلى الله عليه وسلم
ليس لعرق ظالم حق وفي النهاية بتنوين عرق على الصفة لا غير ورواية الفقها على الصفة والاضافة وفي
المغرب اي لذي عرق ظالم حق وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا كانه غرسها على
وجه الاغتصاب ليستوجبها به رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال ابو داود وابو عبيد
في هذا الحديث انه قال فلقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلا غرس في ارض رجل من الانصار من
بني بياضة فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بارضه وقضى للاخر بنزع نخله قال ولقد
رايتها فضرب في اصولها بالفؤوس وانها لنخل عم وفي الفايق والغربيين اول الحديث من احيى ارضا
ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق ثم قال في الغربيين قال هشام بن عروة وهو ان يجي الرجل الى ارض قد
احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا ليستوجب به الارض وفي الذخيرة والمحيط والمغني لو غصب ساحة
وبنى عليها لا ينقطع حق المالك ثم قال وكان الامام ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه مفصلا
فقال ان كانت قيمة الساحة اقل من قيمة البنا ليس للمالك ان ياخذها وان كانت قيمة الساحة اكثر فله
ان ياخذها وكذا في الساحة وقال المراد مما ذكر في الكتاب ما قلنا وزعم ان هذا هو المذهب قال مشايخنا
وهذا قريب من مسايل حفظت عن محمد رحمه الله قال من كان في يده لولوة فسقطت فابتلعتها دجاجة
ينظر الى قيمة الدجاجة واللولوة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللولوة بين اخذ الدجاجة
بقيمتها وبين ترك اللولوة واخذ قيمتها وكذا لو اودع رجلا فصيلا فكبر الفصيل حتى لم يمكن اخراجه
من البيت الا بنقض الجدار ينظر الى اكثرهما قيمة ويخير صاحب الاكثر على ما قلنا وفي كتاب الحيطان دخل
قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر اخراجه ينظر ايهما اكثر قيمة فيومر صاحب الاكثر بدفع قيمة الاخر
الى صاحبه ويتملك مال صاحبه وكذا لو كان للمستاجر حب في الدار المستاجرة لا يمكن اخراجها الا
بهدم شي من الحايط ينظر ايهما اكثر قيمة وكذا لو ادخل رجل اترجة في قارورة غيره فكبرت الاترجة

فلا خيار لاحد وضمن الفاعل لصاحب الاترجة ولصاحب القارورة قيمة الاترجة وقيمة القارورة
وتكون الاترجة والقارورة له بالضمان وقيل يمكن ان يجاب عن هذه المسايل بانه لا تعدي فيها ويمكن
دفع الضرر عنها بملك صاحب الاكثر وفي مسئلة الغصب متعد فلا يراعى حقه وفي الكافي ثم في وضع
المسئلة اشكال لانا بينا ان الغصب لا يتصور في العقار والجواب ان الغصب الموجب للضمان لا يتصور
فيه لا اصل الغصب فيجوز ان يستعمل لفظ الغصب مجازا كما في قوله من غصب شبرا من ارض الحديث
لتصوره بصورة الغصب **قوله** معناه قيمة بنا او شجر يومر بقلعه فعلى هذا كانت قيمة الشجر
المقلوع اكثر من قيمة الشجر الذي امر بقلعه لان المؤنة صرفت في قلع المقلوع دون القائم وازدادت قيمة
المقلوع لذلك لان حقه اي حق الغاصب فيه اي في البنا والشجر الذي يومر بقلعه اذ لا قرار له اي للبنا
والشجر **قوله** فلت السويق اللت الخلط من باب طلب وبقولنا قال مالك واصبغ وبقول
قال الشافعي واحمد **قوله** لان التمييز ممكن اي بالغسل والعصر وكذا في الخلط اذا كان التمييز
ممكنا يجب التمييز والرد وان كان غير ممكن يجب رد مثله وملك في الخلط بهما وفي الوجيز وشرحه لو كان
قيمة الصبغ بقدر قيمة الثوب فهما شريكان يباع ويقسم الثمن عليهما وفي الحلية اذا طالبه صاحب
الثوب بقلع صبغه وامتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان احدهما لا يجبر وهو قول ابي العباس
والثاني يجبر وهو قول ابن خيران وابي اسحق ولو طلب الغاصب بيع الثوب وامتنع صاحبه ففيه وجهان
يجبر ليصل الغاصب الى حقه والثاني لا يجبر وفي الخلط ان كان بمثله وطلب المالك ان يدفع اليه حقه
وامتنع الغاصب في المنصوص الخيار للغاصب وفي وجه يلزمه دفعه الى المالك ولو خلطه باجود
وبذله الغاصب صاعا مثله ففيه وجهان في المنصوص الخيار للغاصب والثاني انه يباع الجميع
ويقسم الثمن بينهما ولو خلطه بما دونه اجبر الغاصب على دفع ملك المالك وعند مالك اخذه
بالمثل من غيره ومن اصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر القيمتين ولو خلطه بغير جنسه
لزمه صاع من مثله ومن اصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر قيمتهما وبه قال مالك في
الصورتين وعن احمد مثله وفي المغني لابن قدامة لو خلطه بما لا قيمة له كالزيت بالماء فان امكن تخليصه
خلصه ورده ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه او كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لانه صار مستهلكا
وان لم يفسده رده ورد ما نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب لانه بسببه
ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا **قوله** ولنا ان فيه اي في ثبوت الخيار للمالك
رعاية للجانبين جانب المالك والغاصب لان صبغه مال متقوم كالثوب وتعصيه لا يسقط حرمة
ماله فيجب صيانته ما امكن وذا فيما قلنا من التخيير واثبتنا الخيار لرب الثوب لكونه صاحب اصل
والغاصب صاحب وصف وكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى لان الاصل قايم بنفسه والوصف
تابع له والشافعي اهدر جانب الغاصب من كل وجه **قوله** بخلاف الساحة بالحاء المهملة اي البنا في
الساحة حيث يومر بالقلع من غير اثبات الخيار لانه امكن ايصال حق كل واحد منهما الى صاحبه بالنقض
لان النقض الى المنقوض كالخشب والاجر له اي للغاصب فيصل اليه عين حقه اما الصبغ يتلاشى بالغسل
ولم يحصل للغاصب شي فلذا اثبتنا الخيار له وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح حيث لا يثبت الخيار لرب
الثوب بل يومر بدفع قيمته اذ لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ
كذا في المبسوط و**قوله** ليضمن على بنا المفعول والثوب بالنصب لانه مفعول ثان اي ليضمن
من الضمين صاحب الصبغ الثوب وفي الايضاح ولو انصبغ بغير فعل احد فهو لرب الثوب ولا شي عليه
من قيمة الصبغ في قول ابي حنيفة وان كان عصفرا او زعفرانا فرب الثوب بالخيار ان شا اعطاه

ما زاد الصبغ فيه وان شا امتنع فيباع الثوب فيصرف بقيمه ثوبه ابيض وصاحب الصبغ بقيمة
الصبغ في الثوب لانه لم يوجد من احد فعل هو سبب للضمان فانتفى الضمان وصارا شريكين
وبه قالت الايمه الثلاثة **قوله** وقال ابو عصمه اي المروزي في اصل المسله اي في قوله ومن
غصب ثوبا فصبغه احمر وانما ذكر في اصل المسلة لئلا يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة
متصل بما يليه من مسله الانصباغ وان كان حكم مسله الانصباغ كذلك على ما ذكر في الكتاب
ويأتي هذا فيما انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق اي الجواب والتعليل
في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ والانصباغ **قوله** سماويه اي سمي المثل به اي
بالقيمه على تاويل ما يقوم به اي لقيام المثل مقام المغصوب وهذا اختلاف عصر فان ابا حنيفه
في زمن بني امية وكانوا يمتنعون عن لبس السواد فاجاب على ما شاهد وهما اجابا على ما شاهدا
من عادة بني العباس بلبس السواد وكان ابو يوسف يقول اولا بقول ابي حنيفة فلما قلد القضا
امر بلبس السواد احتاج الى التزام مونته في ذلك فرجع وقال السواد زيادة **قوله** يزيد
فيه السواد كالعصب ونحوه **قوله** فعن محمد الى قوله ماخذ اي رب الثوب ثوبه وخمسة
دراهم من الغاصب ايضا لانه استوجب على الغاصب نقصان قيمه ثوبه عشره دراهم واستوجب
الصباغ عليه قيمه الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو
خمسة وهذا رواية هشام عن محمد كذا في المبسوط فالحاصل ان الصبغ لا يخلو اما ان يكون بالسواد
او غيره وكل واحد لا يخلو اما ان يوجب الزيادة او النقصان ثم كل واحد من السواد وغيره
بفعل احد او لا فالاول لا يخلو اما ان يكون بفعل صاحب الثوب او صاحب الصبغ او غيرهما وذلك
الغير اما ان يكون حاضرا او غايبا فالاقسام كلها مذكورة في الايضاح ثم الذي ذكر في الكتاب هو الذي
ذكرنا فلا يحتاج الى اعادته واما الذي لم يذكره في الكتاب فهو ان صاحب الثوب لو غصب العصفر
وصبغ به ثوبه فهو ضامن لمثل ما اخذ لانه استهلكه ان قدر عليه وان لم يقدر عليه فهو مسئلة
المثلي اذا انقطع من ايدي الناس وليس لصاحب العصفر ان يحبس الثوب لان الثوب اصل فصار الصبغ
كالهالك والسواد في هذا الوجه بمنزله العصفر على قول ابي حنيفه رحمه الله لان صاحب الثوب
مستهلك للسواد فلا فرق بين ان يزيد قيمه الثوب او ينقص والثاني ما لو وقع في صبغ احد فانصبغ
وقد ذكرناه ولو غصبت ثوبا وصبغه بعصفر اخر ثم ذهبا الفعل ولا يعرف ما القول فيه كما لو
انصبغ بغير فعل احد استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل لانه
وجب الضمان على الغاصب وانقطع حقه عن الصبغ وفي الاستحسان لما تعذر ايجاب الضمان على
احد صار كانه حصل من غير فعل احد ومما يتصل بالمسايل فتح راس تنور حتى برد فعليه قيمة الحطب
مقدار ما يسجر به التنور ويمكن ان يقال بكم يستاجر التنور المسجور للانتفاع فيضمن ذلك القدر
او ينظر الى اجرته مسجورا وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما

فصل

لما ذكر مقدمات الغصب وكيفية ما يوجب الضمان شرع في مسايل متفرقه تتصل بمسايل الغصب
كما هو داب المصنفين **قوله** فضمنه المالك قيمتها يعني للمالك الخيار في تضمين قيمتها
والصبر الى ان يوجد فاذا ضمنه المالك ملكها اي العين المغصوب عندنا وبه قال مالك وقال
الشافعي واحمد لا يملكها حتى لو ظهرت يستردها ويرد القيمه وفايده الخلاف في الكسب ونفوذ
البيع ووجوب الكفن على الغاصب لانه ملكه عندنا كذا ذكره البرغري فلا يصلح سببا للملك
لان الملك مشروع والغصب عدوان محض فلا يكون مفضيا الى الملك اذ ادنى درجات السبب

ان يكون مباحا فلا يملكه كما في ضمان المدبر بيانه قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فان الله تعالى جعل اكل مال الغير قسمين قسما بالتجاره عن تراض
وقسما بالباطل وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون بالباطل ولان هذا الضمان جبران فيكون بمقابله
الفايت والفايت اليد لا الملك ولهذا لو هشم ملك ذمته للغير وقضي عليه بالقيمة ثم افترقا من
غير قبض لا يبطل القضا ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق وكما في المدبر فانه لا
يقبل النقل عندكم ولنا انه اي المالك ملك البدل وهو القيمة بيده اي يدا ورقبه فوجب
ان يزول ملكه عن البدل فاذا زال ملكه عنه ملكه من وجب عليه بدله اذا كان البدل محتملا
للنقل من ملك الى ملك دفعا للضرر عنه اي الغاصب وتحقيقا للعدل كما في ساير المبادلات
اذ الاصل في الضمان ان يجب بقدر ما فوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفايت فاذا
ملك المالك البدل بكماله فيزول ملكه عن المغصوب شرطا لحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع
جبرا ولا جبر في بقا الاصل على ملكه اذ الجبر بعد الفوات فصار حسنا بحسنه ولما قيح ان لو
ثبت الملك بالغصب مقصودا كذا في الاسرار والاصول وفي المبسوط بعض اصحابنا من المتقدمين
يقول سبب الملك بقدر الضمان على الغاصب كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد
وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان وهذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب
ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له وبعض المتاخرين قال الغصب سبب موجب للملك عند
اداء الضمان وهذا ايضا وهم فان الملك لا يثبت للغاصب عند اداء الضمان حقيقه وهذا لا يسلم له
الولد ولو كان كذلك ينبغي ان يملك الزوايد المتصله والمنفصله كما في البيع الموقوف اذا تم بالاجازة
ومع في العباره بعض الشنعه اذ الغصب عدوان محض والملك مشروع مرغوب فلا يصلح ان يجعل
العدوان سببا له فانه ترغيب للناس فيه ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع فالاسلم ان يقول
الغصب موجب لرد العين ورد القيمه عند تعذر العين بطريق الجبران مقصودا لهذا السبب
ثم يثبت الملك للغاصب شرطا للقضا بالضمان لا حكما ثابتا مقصودا بالغصب ولهذا لا يملك
الولد الى اخر ما ذكرنا **قوله** نعم قد يفسخ التدبير جواب اشكال مقدر وهو ان يقال
لا نسلم ان المدبر غير قابل للنقل بل قابل لان المولى لو باعه وقضى القاضي بجواز بيعه جاز ويفسخ التدبير
فاجاب عنه وقال نعم الا ان هناك انفسخ التدبير لان القضا في فصل مجتهد فينفذ وينفسخ التدبير
فحينئذ البيع يصادف القن لا المدبر وههنا الضمان يجب بمقابلة تفويت يد المالك عن المدبر
لا بمقابلة الرقبه وفي اصول فخر الاسلام وهذا طريق جايز ولكن لا يصار اليه الا عند العجز عن
المقابلة بالرقبة لان فيه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وهو عدول عن سنن العدل وقد
عجزنا في المدبر عن المقابله بالرقبه صيانة لحق المدبر فجعلنا خلفا عن النقصان الذي حل بيده وفي
المبسوط ونظيره فصلان احدهما ضمان العتق فانه بمقابله العين في كل محل يحتمل اتحاد شرطه وهو
ملك العين وفيما لا يحتمل اتحاد الشرط كالمدبر وام الولد عندهم لا يجعل بدلا عن العين بل عن اليد
والثاني ضمان الصلح فانه اذا اخذ بالتراضي كان الماخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تملك
العين ويجعل الماخوذ بمقابله الجناية التي حلت بيده واما الجواب عن الايه انها تدل على ان الاكل
بالتجارة عن تراض جايز لا ان يكون الجواز مقصورا عليه بالاجماع مع ان معنى التجاره عن تراض ههنا
يوجد لان المالك يتمكن من ان يصبر حتى يظهر العين فياخذ فحين طالب بالقيمة مع علمه ان من شرطه انعدام
ملكه في العين فقد صار راضيا بذلك كذا قيل والجواب عن المعنى الذي ذكر ان الضمان بمقابله ما هو

المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاكيه ولهذا يسمى قيمة العين واما
الجواب عن مسئلة القلب انه انما لا يبطل بالافتراق ههنا لانه ثبت شرطا للضمان كما ذكرنا والجواب
عن المدبر تقدم ومما يؤيد قولنا قوله صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى فامرهم بالتصدق
ولو لم يملكوها لما امرهم بالتصدق لان التصدق في ملك الغير اذا كان مالكها معلوما لا يجوز بل
يحفظ عليه عين ملكه فان تعذر باع فيحفظ عليه ثمنه كذا في المبسوط **قوله** فالقول قول
الغاصب مع يمينه ولا يعلم فيه خلاف الا ان يقيم المالك بينة والقول له وفي المبسوط والذخيرة
في دعوى المغصوب ذكر الجنس والصفة ليس بشرط كما في ساير الدعاوي لان محمدا ذكر في الاصل
اقام بينة على رجل انه غصب جارية لم يحبس المدعى عليه حتى يجي بها ويردها قال الحلواني في
هذه المسئلة مما يحفظ لانه قال اقام بينة ولم يذكر جنسها وصفتها وقيمتها قال بعض المشايخ تاويل
المسئلة انه ذكر الجنس والصفة والقيمة وقال ابو بكر الاعمش تاويلها ان الشهود شهدوا على اقرار
الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان القضا بالمجهول
غير ممكن ولكن الاصح ان هذه الدعوى والشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس والصفة للضرورة لان
الغاصب ممتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما ياتي من الشهود معاينة فعل الغصب
دون العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم للتعذر فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة كثبوته
باقراره فيحبس ولان وجوب الرد عليه ثابت بنفس الفعل وهذا معلوم بشهادتهم فيتمكن القاضي
من القضا به اما بينة الغاصب على القيمة لا تقبل لو كذبه المالك لانها على نفي الزيادة وقيل ينبغي
ان تقبل بينته لاسقاط اليمين عنه اذ البينة تقبل لاسقاط اليمين كما لو ادعى المودع رد الوديعة
يقبل **قوله** فلا خيار للمالك وبه قال مالك وعند الشافعي واحمد له الخيار لعدم زوال
ملكه عندهما عنه **قوله** واخذه اي اخذ المالك دونها لعدم البينة لا بالرضا **قوله**
فكذلك الجواب اي للمالك الخيار وقال الكرخي لا خيار له لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله **قوله**
لانه لم يتم رضاه دليل الاصح فانه لو اعطاه ما يدعيه اذ جاز ان يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين
فلا يكون مثله عنده فلا يرضى به بدلا وقد لا يرضى الانسان بزوال ملكه عن العين بقيمته او اكثر فلم
يتم رضاه فاذا اختار المالك اخذ المغصوب للغاصب ان يحبسه حتى ياخذ القيمة التي دفعها اليه
لانها مقابلة به بخلاف المدبر لانه ليس بمقابل به **قوله** جاز بيعه وبه قال احمد في رواية وقال في
رواية لا يجوز بيعه كالاعتاق وبه قال الشافعي ومالك كتصرفات الفضولي ولنا الفرق ان الملك
الثابت للغاصب ناقص لثبوته مستندا والثابت بالاستناد ثابت من وجه حكما لا حقيقة فيكون ناقصا
يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب فانه يجوز بيعه لا عتقه او ضروري يثبت الملك للغاصب
ضرورة اذ الدليل يابى ثبوت الملك له لكونه عدوانا والملك نعمة وانما يثبت ضرورة القضا بالضمان
كما ذكرنا والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد لان
الملك يثبت شرطا للقضا بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس بتبع
لامه ولا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع
بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع ضمنا او قصدا ولان ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد
بدليل ان الغاصب اذا آجر المغصوب يملك الاجر ولا يملك كسب الولد والملك الناقص يكفي لنفوذ
البيع دون العتق فالمكاتب يملك البيع ولا يملك العتق وانما قيد باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازا
عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم يضمن الغاصب فان فيه روايتين يصح قياسا على المشتري شراء موقوفا

فان اعتاقه يصح اذا اجاز المالك فكذا ههنا لان عتقه ينفذ بعد نفوذ سبب الملك وهو الشرا
وقياسا على وقفه فانه لو وقفه ثم ضمن الغاصب صح وقفه بخلاف الغاصب اذا اعتق لان المستند له
حكم الملك لا حقيقة الملك وفي رواية يصح على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد وزفر اما لو
اجاز المالك اعتاق المشتري من الغاصب او اعتاق الغاصب قبل اداء الضمان ينفذ الاعتاق بلا
خلاف والفرق لابي حنيفة وابي يوسف بين اعتاق المشتري من الغاصب مع التضمين وبين اعتاق المشتري
من الغاصب مع اجازة المالك ان المشتري هناك يملكه من جهة الغاصب وملك الغاصب ناقص
لانه مستند على ما بينا فكيف يستند لمن ملكه من جهته فلهذا لا ينفذ اعتاقه اما في الاجازة يستند الملك
له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت
العقد فينفذ عتقه كذا في المبسوط **قوله** وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال سواء
غصبها حاملا او ولدت عنده او حبلت في يد الغاصب امانة في يد الغاصب لا يضمنها الا بالتعدي
او بالمنع بعد الطلب وبقولنا قال مالك اما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنماء وغير
مضمون على الغاصب لانه بدل المنفعة وهي غير مضمونة على الغاصب وبحي وقال الشافعي زوايد
الغصب مضمونة وبه قال احمد متصلة كانت كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والثمر لانها حصلت
من اصل مضمون عليه بالتعدي فيكون مضمونة كولد ظبية مخرجة من الحرم وهذا لان ضمان الاصل
باعتبار يد مبطلة عليه وهذه اليد ثابتة بعينها على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فتصير مضمونة
ضرورة والدليل عليه ان العرب في الجاهلية يغصبون ويتملكون قال بعضهم بالاستيلاء عليها
فعل الشرع حكم الغصب من الملك الى الضمان فاما الغصب فعلى ما كانوا يعتقدون وبما شرطوا
الاستيلاء سببا فعلم ان حده هذا لا قطع يد المالك ولهذا يضمن غاصب الغاصب وقد عدم قطع يد
المالك لان يده انقطعت بالغصب الاول **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى ما ذكره في اول الغصب
انه في الشريعة اخذ مال محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده **قوله** لان يد المالك ما ثبتت
على هذه الزيادة **فان قيل** اذا غصب حاملا ينبغي ان يضمن ولدها لان الغصب
ورد على الجارية بجميع اجزائها والولد جزء منها فيجب ان يكون الولد مضمونا وليس كذلك والرواية
في الاسرار ولانه اذا لم يزل يد المالك عن الولد ينبغي ان لا يضمنه بعد الطلب لانه لم يكن له
يد حتى يزيله مع ذلك ولان غاصب الغاصب يضمن مع انه لا يزيل يد المالك لانه زال بالغصب
الاول ولان الملتقط اذا لم يشهد يضمن مع انه لا يزيل يد المالك ولان المغرور يضمن الولد
وان لم يوجد منه ازالة يد المالك في حق الولد ولان المال قد يضمن بالتسبيب على طريق
التعدي في حفر البير على قارعة الطريق وامساك الام ههنا سبب حصول الزيادة لا محالة
فان اهل السوايم يمسكون السوايم للزيادة خصوصا اذا غصبها حاملا فكان الامساك بطريق
التغلب سببا لاتلاف ملك المالك فيضمن ولان الاوصاف القارة في الامهات يسري الى الاولاد
كالحرية والام ههنا مضمونة فيجب ان يحدث الولد على هذه الصفة **قلنا** اما الجواب عن
المسئلة الاولى انما لم يضمن ولدها لعدم تحقق الغصب في حقه لانه عبارة عن اخذ مال محترم متقوم
بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك والولد قبل الانفصال لا يعد مالا متقوما ولهذا يعد
عيبا في الام قبل الولادة فلم يتحقق الغصب فيه كما لو حبلت في يد الغاصب وولدت وعن المسئلة
الثانية والثالثة والرابعة ان المنع بعد الطلب او الفعل الذي يقوم مقام المنع كترك الاشهاد في
اللقطة بمنزلة الغصب حقيقة لان للمالك ولاية استرداده في كل وقت فاذا منعه كان مزيلا ليده

تقديرا فوجد الغصب والجواب عن التسبيب كما في حافر البير لان الاتلاف في البير حقيقي اما بمجرد
الايدي في المال لا يحصل التلف بل المال يحصل بالايدي ويحفظ بها فالضمان للمالك ههنا على
من ازال يده عن ماله بالاتلاف ولو وجد ازالة اليد في حق الزيادة فلا يضمن واما الجواب عن
فصل السراية فقلنا الملك يسري لانه ثابت في رقبة الام فيكون صفة لها فيسري الى الولد اما
الضمان عبارة عن لزوم الحق واللزوم في ذمة الغاصب وصفة له لا للمال وانما يوصف المال
به مجازا كما يقال فلان مغصوب والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك فانه وصف للمحل حيث
يوصف بانه مملوك حقيقة فلذلك تعدى دون كونه مضمونا اليه اشار في الاسرار ولكن فيه
نوع تامل **قوله** او باعه وسلمه وقيد بالتسليم لان بمجرد البيع لا يتحقق التعدي بل بالبيع
والتسليم كما لو باع المودع الوديعة وسلمها ويحصل بها تفويت يد المالك لانه كان متمكنا
من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم كذا في المبسوط **قوله** ولو اطلق
الجواب يعني لم قلنا بوجوب الضمان في ولد الظبية قبل التمكن من الارسال وبعده **قوله**
فهو ضمان جناية الى الضمان في صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه بالحرم آمن صيدا ودا
في سفره وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية حكما وقد تحقق ذلك
في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي
لا باثبات اليد عليها كذا في الاسرار ولهذا يتكرر اي الجزا بتكرر الجناية ثم لو ادى ضمانه ثم
ارسله في الحرم ثم اخرجه من الحرم يجب ضمان اخر ويحتمل ان يكون معناه حتى يتكرر وجوب الارسال
بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا الوجه موافق لرواية المبسوط ولو كانت الزوايد
متصلة كالسمن والجمال فهو امانة ايضا عندنا ومالك حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن
قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي واحمد يضمن كما في المتصلة وكذا لو زادت
قيمته بتعلم الصناعة او بالسعر ثم هلكت لم يضمن الا قيمتها يوم الغصب عندنا ومالك وعند الشافعي
يضمن قيمتها يوم الهلاك لان الزوايد عندهما مضمونة بغير المنع وعند الضمان بالتعدي او المنع ولم
يوجد اما لو باع الجارية بعد ما ازدادت قيمتها بالزيادة المتصلة او زاد حرا في يد الغاصب وسلم
فان كان قايما في يد المشتري اخذه صاحبه بالاجماع وان كان هالكا فهو بالخيار ان شا ضمن المشتري
قيمته يوم الغصب وان شا ضمن المشتري قيمته يوم القبض ولا يضمن البايع قيمة الزيادة عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يضمن الزيادة بالبيع والتسليم وبه قالت الايمة الثلاثة هذا رواية ابن
سماعة عن محمد رحمه الله وفي ظاهر الرواية ان اجاز تضمين البايع له ذلك ان شا ضمنه قيمتها
وقت البيع والتسليم وبه قال مالك وعند الشافعي واحمد قيمتها يوم الهلاك وجه قولهما انه
تعدى في الزيادة بالبيع والتسليم فيضمن كما لو قتلها بعد الزيادة وكما في الزيادة المتصلة وجه قول
ابي حنيفة ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق في الزيادة وانما قلنا ضمان البيع
والتسليم ضمان غصب لان ملك المالك في المغصوب باق بعد بيع الغاصب ولا يمكن تضمين الزيادة
مع الاصل لان ضمان الاصل ضمان واجب بالغصب وذا لا يتصور اجابة بالتسليم لان اثبات الثابت
محال ولا يمكن تضمينها بدون الاصل لانها تبع للاصل فلا يفرد عن الاصل بضمان الغصب بخلاف
القتل لانه استهلاك لا غصب الا ترى ان الحر لا يضمن بالبيع والتسليم ويضمن بالاتلاف وبخلاف
الزيادة المنفصلة لان بالبيع والتسليم قصدا يصير غاصبا ولهذا لا يدخل في البيع دون الذكر لانه
كان المالك متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم فصار غاصبا كما في الوديعة

بعد

بعد كذا في المبسوط والايضاح **قوله** وما نقصت الجارية في ضمان الغاصب فقوله في
ضمان الغاصب حرماسم به حكم المسألة وقولنا قال مالك اذا حبلت بعد الغصب اما لو غصب
حاملا لا نقصان الولادة ولا ينجبر بالولد وعندنا ينجبر **قوله** وقال زفر والشافعي لا ينجبر وبه
قال احمد لان الفايت ملكه والولد ملكه وملكه لا يكون جابرا لملكه اذ الضمان يجبر ما فات عنه او
مات الام اي بسبب الولادة هكذا نص في الاسرار والايضاح وما والولد وفا اي بقيمته وفا
وكما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره يعني ثم نبت مكانها اخرى فان قيمتها لا ينجبر ما نقص
بما نبت او خصى عبد غيره يعني قطع جزء منه وهو نقصان فيه ولكن ازدادت فللمالك ان
يضمنه نقصان الخصية كما لو لم يزدد قيمته او علمه الحرفة فاضناه بسبب التعليم فلا ينجبر ما اضناه
بالتعليم بما ازدادت قيمته بسبب علم الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة اي عندهما والعلوق عند ابي حنيفة على ما يجي وهذا لان الولادة اوجبت فوات جزء
من ماليه الاصل وحدوث مالية الولد لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا
حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال واذا اتحد سببهما امتنع ظهور النقصان
فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن فلا يعد نقصانا حتى لو شهدا عليه ببيع
شي بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا شيا **فان قيل** سلمنا ان الزيادة حصلت بالولادة ولا نسلم
حصول النقصان بها بل بعلوق سابق لان حال الولادة حاله استراحة وحال العلوق حاله مشقة
فيضاف النقصان الى المشقة **قلنا** حاله الاستراحة بعد الولادة اما حالة الولادة حاله
خروج الولد فحاله مشقة فيحصل به النقصان على انا نقول النقصان مضاف الى العلوق والزيادة
مضافة اليه ايضا لان به يحصل اصل الولد ويصير مقصودا عند الولادة كذا في طريقة محمد الايمة
قوله وولد الظبية ممنوع يعني لا نسلم انه لا ينجبر به بل ينجبر وكذا لو ماتت الام وبقيمة الولد
وفا يجبر فلا يرد نقضا وان لم يكن وفا يجبر بقدر قيمته الولد ويضمن ما زاد ذلك من قيمة الام **قوله**
ويخرج الثانية اي الرواية فيما اذا ماتت الام لا يجبر بالولد وهو ظاهر الرواية لاختلاف السبب
كما ذكر في المتن فلا يرد نقضا لان كلامنا فيما اذا اتحد سببهما وذلك لانه لما ماتت من الولادة
كانت موتا من اصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح تبين انه كان قتلا لا جرحا ثم من حيث انه
موت لا يكون موجبه للزيادة فلا يتحد السبب **قوله** وكذا الابد من رد خلفه وهو الولد
الذي خلف عن النقصان ولم يوجد **قوله** والخصي والاولى خصا على فعال لا مصدر خصى على
فعل قياس وان لم يسمعه كذا في المغرب وفيه الهزال خلاف السمن وقد هزل بضم الهاء فهو مهزول
والجمع مهازيل وسبب النقصان التعليم لان المشقة تحصل به وسبب الزيادة الفهم الا ترى انه
قد يشترك اثنان في التعلم والتعليم ويسبق احدهما لحذاقته **قوله** ان تملكه لا يجبر بملكه
قلنا نحن نسعى بمنع ظهور النقصان فلا يحتاج الى الجبر اليه اشار في الاسرار والمبسوط والايضاح
قوله فزنى بها ثم وطي المغصوبة يوجب الحد قبل الضمان بلا خلاف للايمة وبعد الضمان
لا يوجب الحد عندنا وقد مر في حد الزنا **قوله** وقال الايمة في الامة الانقصان الحبل وبه
قالت الايمة الثلاثة لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان
النقصان وهلاكها بعد الرد بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة اذ الولادة انما تفضي
الى الهلاك بسبب كبر الولد وضيق المحل ولهذا يقل الهلاك في النسا بالولادة فلا يكون الهلاك
مضافا الى العلوق والعلوق لا يفضي الى الهلاك **قوله** او زنت في يده اي في يد الغاصب

فجلدت فهلكت منه اى من الجلدة ففى هذه المسايل الثلاث يرجع بالنقصان عندهما **قوله**
فلم يصح الرد فلم يبرا لان الرد انما يصح اذا فسخ فعله الاخذ من جميع الوجوه ولم يكن كذلك لانه اخذها
فارغة عن الحبل والرد وجده وهى حامل قد انعقد سبب الهلاك فى حقها فكان الرد حين وجد مترددا
ان سلمت من الولادة ظهر ان الرد وقع صحيحا وان اتصل به الهلاك ظهر ان الرد لم يصح وكانها هلكت
عند الغاصب **قوله** بخلاف الحرة بان كانت مكرهة على الزنا لا يضمن بالغصب والاخذ ولهذا
لو هلكت عنده بعد وزن الزنا لا يضمن بالاجماع وفى فصل الشرا قيل هو ممنوع ولئن سلم فالواجب على
البايع ابتدا تسليم المبيع الى المشترى على الوجه الذى تناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد
ذلك باعتبار ظاهر الحال اذ الغالب فى الولادة السلامة فاما على الغاصب يجب فسخ فعله وهو
الغصب بالرد كما قبضها ولم يوجد ذلك الا ترى ان البايع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشترى
فمات من ذلك فى يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فمات من ذلك
يلزمه جميع قيمته كذا فى المبسوط **قوله** وما ذكره شرط صحة الرد اى حاصل ما ذكرنا وهو ان
يردها كما غصبت سالما عن الحبل شرط صحة الرد ولا يتحقق صحة الرد الا بنسخ فعله و **قوله**
والزنا سبب موجب جواب عن قولهما يعنى ان الزنا سبب لحد مولم لا جارح ولا متلف ولهذا
سوط الامرة له فلم يكن الهلاك مضافا الى السبب الذى كان عند الغاصب بل كان بسبب حادث
فى يد المالك فلا يضمنه الغاصب وكذا الجواب عن مسلة الحمى فان الهلاك لضعف الطبيعة عن دفع
اثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل باول الحمى الذى وجد فى يد الغاصب وهى غير موجبة لما كان
بعده اما الحمل فيوجب انفصال الولد وذلك يوجب الم الولادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب
الاول كذا فى شرح الجامع وذكر التمرتاشى مسلة يحتاج المعرفة اليها فقال جامع امراته فماتت منه
او افضاها لم يضمن عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله يضمن لانه ماذون بالجماع على وجه لا يتلف
كالرمى الى صيد ولهما ان الجامع يعمل لها تقضى شهوتها وتوكد حقها فى المهر فكان عمله كعملها بخلاف
الرمى ولو انكسر فخذها او يدها من الوطى او ذهب عينها فارش ذلك فى ماله بالاجماع **قوله**
ولا فرق فى المذهبين فيما اذا عطلها او سكنها فان عند الشافعى يضمن وبه قال احمد وعندنا لا يضمن
واختلف اصحاب ملك ونصروا انها لا تضمن كقولنا فى صورة الغصب وكذا فى صورة الاتلاف وعن ابن
القاسم يضمن غلة الرباع والابل والغنم ولا يغرم غلة العبيد والدواب وقال بعضهم ان سكنها يجب
اجر المثل وان عطلها لا ونصروا انها لا تضمن على الاطلاق كقولنا للشافعى انها اموال متقومة
اما كونها اموال فانها تصلح صداقا والمشروع هو الابتغا بالمال والا ترى ان الاجارة من التجارة وهى
مبادلة مال بغير مال والاعيان انما كانت اموالا باعتبار منافعها فلان تكون المنافع اموالا بنفسها
اولى وهى متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها
وتقوم فى الاعيان بالعقد فاستحال ان لا يكون متقومة بنفسها ولان الاعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا
والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وحبة سمسم ولنا قوله عليه السلام الخراج بالضمان وضمانها على
الغاصب وما روى ان عمر وعليا حكما فى ولد المغرور بالقيمة واجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم
يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى جميع حقه ولو كان ذلك واجبا
لما حل لهما السكوت عن بيانه وذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكرها احد من الصحابة فصار ذلك اجماعا
سكوتيا ولان المنافع حدثت على ملك الغاصب فلا يكون مضمونه عليه اذ الانسان لا يضمن ملك نفسه
وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه وفى يده والكسب للكاسب لقوله صلى الله عليه وسلم كل الناس احق

بكسبه وهذا معنى قوله لحدوثها فى امكانه اى فى تصرفه وقدرته ولئن سلمنا حدوثها على ملك
المالك فلا يتصور غصبها واتلافها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاتلاف لانها اعراض لا تبقى
وما لا يبقى لا يتصور غصبه واتلافه لانه اذا اتلاف الشى وغصبه انما يرد فى حال بقايه وهذا معنى
قوله كيف ولا يتحقق غصبها واتلافها الى اخره وفى المبسوط اتلاف المنفعة لا يتصور لانه اما ان
يكون قبل وجودها او مقارنا للوجود او بعد الوجود لا وجه للاول لانها معدومة والمعدوم
غير قابل الاتلاف ولا وجه للثانى لانها اذا قارن الوجود يمنع الوجود والاتلاف يرد على الموجود
ولا وجه للثالث لانها اذا وجدت فيت ذكات بعد الوجود زمان الفنا وزمان الفنا زمان
العدم فلا يتصور الاتلاف ولانها اى ولو سلمنا تصور غصبها واتلافها فلا يمكن تضمينها
اذ المماثلة شرط فى ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة
بين العين والعرض كما بين فى الاصول وفى المختلف و **قوله** ولا نسلم انها متقومة جواب
عن قول الشافعى يعنى لا نسلم انها مالية اذ مال الشى انما يثبت بالتمول وهو صيانة الشى لحاجة
وذا لا يتصور فيها ولا يكون متقومة فى ذاتها ايضا لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذا
لا يتصور فيما لا يبقى زمانين وانما يثبت حكم التقوم لها شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار اقامة
العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة وبطلت المقايسة لان للرضا اثرا فى ايجاب الاصول فى العقود
جميعا فالمال يجب بالشرط لا بغير مال وهذا يجوز بيع عبد قيمته الف بالوف وشى من ذلك
لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم الا بوصف يقع الفرق بين الفرع **قوله** فهو باطل الا
ما انتقص باستعماله مضمون عليه وقيد باستعماله بحسب الغالب لكن الحكم ثابت فيما اذا انتقص بدون
استعماله لفوات جزء العين فى يد الغاصب قال مشايخنا هذا اذا لم يكن معدا للاستغلال فان كان معدا
له يضمن المنافع بالغصب والاتلاف وفى فتاوى الكبرى منافع عقار الموقوف مضمونه سواء كان
معدا للاستغلال او لا نظرا للوقف وفى المحيط واصحابنا المتاخرين يفتون بقول الشافعى فى المسبلات
والاوقاف واموال اليتامى ويوجبون اجر منافعها على الغصبه ثم فى مسلة فتح راس التنور
المسجور انما يضمن قيمة الحطب مع ان غصب المنافع واتلافها غير متصور لما انه اتلف ما هو المقصود
من تسجير التنور فصار هذا بمنزلة استهلاك العين فلذلك ضمن الحطب واما قوله انها تصلح صداقا
قلنا لا نسلم انها تصلح مهرا ولهذا لو تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القران لا يصح
عندنا اما لو تزوجها على خدمة عبد سنة يجوز لان منفعة العبد وخدمته بامر المولى تتضمن تسليم
الرقبة ورقبته مال واما اجارة العبد الماذون والشريك والوصى والاب باعتبار ان التفاوت
الذى بين الجوهر والعرض لا يعد عينا فى الاسواق وهذا لان ضمان العقود فى الاصل يبنى على
التراضى لا التساوى بل الارباح انما يحصل عند التفاوت والشرط فى الوصى وغيره ان يجر بما يتعارف
عينا فى الاسواق لا المماثلة من كل وجه اما ضمان العدوان فيبنى على المماثلة فى اصله ولم يوجد هذا
الوصف يقينا فلم يكن من موجب الغصب اليه اشار فى الاسرار **فصل**
غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع فى بيان غصب
ما لا يتقوم **قوله** وقال الشافعى لم يضمنها للذمى ايضا اى فى جميع الصور وبه قال احمد اما ينهى
عن تعرض خمر الذمى بالاجماع ويجب ردها وفى الغصب بالاجماع اذا كانت لذمى ويجب اراقتها فى المسلم
وعلى هذا الخلاف اذا اتلف ذمى خمر ذمى او خنزيره ويقولنا قال ملك المسلة على اربعة اوجه احدها
اتلاف المسلم خمر المسلم ففى الصورتين لا ضمان بالاجماع والثالث اتلاف المسلم خمر الذمى والرابع اتلاف

والثانى اتلاف الذمى
خمر المسلم
ح

الذمي خمر الذمي ففي الصور من يجب الضمان عندنا ومالك وعند الشافعي واحمد لا يضمن وعلى هذا
لو باع ذمي الخمر من ذمي يجوز عندنا خلافا للشافعي لسقوط تقومها في حق المسلم لانهم اي اهل الذمة
اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين فتبين ان كل حكم ثبت في حق الذمي ولان عقد الذمة خلف على الاسلام وكل حكم ثبت في
بالاسلام ثبت بعقد الذمة فاذا اسقط تقومها في حقهم ايضا سقط الضمان ولا يصلح بيعها وصار
كما لو باع مسلم من مسلم خمرا وصارت كالميتة والدم والعبد المرتد للذمي اذ اعتقاده لا يكون حجة على
المتلف ولنا ان التقوم باق في حقهم بدليل ان عمر امر ببيعها لعماله واخذ العشر من ثمنها حين سالوه
ماذا نصنع بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال عمر لا ولكن ولوهم بيعها وخذوا
العشر من ثمنها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حتى جوز بيعها واخذ العشر من ثمنها ولانه قال عليه
السلام اتركوهم وما يدينون والخمر كانت متقومة في شريعة من كان قبلنا وفي صدر شريعتنا
والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السباق والسياق وبقي
في حق من لم يرد حل بحث الخطاب على ما كان من قبل **قوله** والسيف موضوع بعقد الذمة
لانه خلف الاسلام والخطاب عند نا نازل في حقهم كما في حقنا فبقي الحكم على ما كان بخلاف الميتة والدم
لان احدا من اهل دين سماوي لا يتمولها وفي المبسوط تركنا اياهم وما يدينون ليس لتوسعة الامر عليهم بل
فيه استدراج وتركهم على الجهل وتمهيد لعقوبة الاخرة والخلود في النار وتحقيق لقوله صلى الله عليه
وسلم الدنيا سجن المومن وجنة الكافر وقيل المراد من الميتة الذي مات حتف انفه اما الذي خنقوه او
ضربوه حتى مات كما تفعله المجوس فعند ابي يوسف تضمينها المسلم بالغصب والاتلاف وقال محمد لا
يضمنها كالميتة لانها ليست في اعتقاد اهل الذمة وقد امرنا احكام المجوس على احكام اهل
الكتاب لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب وفي المبسوط هذا ضعيف فان في
حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبني على ذلك على اعتقاد اهل الكتاب حتى جوزنا نكاح
محارمهم ولا يقال اذا مات المجوسي عن امراتين واحدهما منكوحته فانها لا ترث بالزوجية وقد اعتقدوا
ان هذا النكاح صحيح لانا نقول لا يلزم من صحة النكاح التوارث فانه ممتنع بالرق واختلاف الدين
مع صحة النكاح مع ان اهل الذمة لا يتوارثون بانكحة المحارم فلذلك لم ترث بها بالزوجية **قوله**
لكونه اي لكون التمليك اعزازا له اي للخمر فتجب قيمته **فان قيل** ما الفرق بين ما اذا اتلف
مسلم خمر ذمي حيث يجب قيمته وبين ما اذا اتلف ذمي خمر ذمي ثم اسلم حيث لا يجب عليه شي لا القيمة
ولا الخمر عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة والرواية في المبسوط واسلام المقارن لا يمنع
وجوب القيمة فالطارئ اولى **قلنا** الفرق انه حين اتلفه لم يكن اتلافه سببا لوجوب القيمة ولم
يوجد بعد ذلك سبب الوجوب وعند محمد اي حنيفة عليه قيمة الخمر لانه لا يمكن ايجاب
الخمر لانه مسلم ولا يمكن ابراؤه عن الضمان لان المتلف عليه ذمي والخمر في حقه مال متقوم وقد امكن
ايجاب القيمة فيجب اما في الخنزير سقي الضمان باسلامهما او اسلام احدهما بالاتفاق لان الواجب هو القيمة
والاسلام لا ينافيها **قوله** وهذا اي عدم التعرض في مبايعتهم بخلاف الربا فانه يتعرض لهم
في ابطال عقود الربا حتى لو باعا درهما بدرهمين يسترد الدرهم الزائد لانا لم نضمن له ترك التعرض
في ذلك قال صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في
الاعتقاد لا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا حرمة الربا في اعتقادهم قال تعالى واخذهم الربا
وقد نهوا عنه **قوله** وبخلاف العبد المرتد معطوف على قوله وبخلاف الربا وكلاهما متعلقان

بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر لانا امرنا بتركهم وما يدينون فاورد استحلالهم الربوا
فاجاب عنه ثم اورد عليه العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن وان كان الذمي يعتقد ان العبد
المرتد مال متقوم ولذلك لم يعتبر اعتقاده في ايجاب الضمان وهو المقيس عليه للشافعي فاجاب
عنه بقوله لانا ما ضمنا الى اخره **فان قيل** يشكل على هذا التعليل ما لو اتلف صليب
نصراني حيث يضمن قيمته مع ان ترك التعرض في حقه عبادة الصليب على اعتقادهم استخفاف بالدين
قلنا ان النصراني يقر على ذلك بخلاف الارتداد كذا في الايضاح **قوله** وبخلاف
متروك التسمية اي عامدا حيث لا يجب الضمان باتلافه مع ان الشافعي ومن تابعه قال انه مال متقوم
ولم يعتبر اعتقاده بالاجتهاد واعتبرنا اعتقاد اهل الكتاب فاجاب بقوله لان ولاية المحاجة
باقية معهم اذ ثبت لنا بالنص ان متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا لم يعتبر اعتقادهم
في ايجاب الضمان **قوله** والمراد بالفصل الاول اذا خللها الى اخره وعند الشافعي واحمد
لا تصير الخمر طاهرا بالتخليل فلا يجب ردها بل يجب اراقتها كما قبل التخليل اما لو خللت بنفسها يجب
ردها بالاجماع ويضمن متلفها بالاجماع وفي جلد الميتة لو دبغه يلزم رده عند الشافعي في الاصح
واحمد وفي قول لا يلزمه رده وبه قال احمد في وجه لانه صار مالا متفرقا القرظ بفتحتين ورق
عل السلم يدبغ به ومنه اديم مقروظ وبالفارسية برغنج والعفص مازو **قوله** ويعطي على بناء الفاعل
اي ياخذ المالك الجلد ويعطي ما زاد الدباغ وفي الذخيرة قال القدوري هذا اذا اخذ الجلد
من منزل المالك فاما اذا القى الميتة على الطريق فاخذها رجل ودبغ جلدها فليس للمالك ان ياخذ
الجلد وعن ابي يوسف له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا وان استهلكهما اي الغاصب الخل
والجلد المدبوغ وقالا يضمن الجلد مدبوغا وبه قالت الائمة الثلاثة في قول **قوله** ويعطي
على بناء المفعول اي يعطي الذي دبغه ثم استهلكه هذا محمول على اختلاف جنس ما ضمن وما اعطي
على ما ذكر في الكتاب ولو هلك اي كل واحد من الخل والجلد المدبوغ لا يضمن بالاجماع وعند الائمة
الثلاثة لو خللت الخمر بنفسه وهلكت في يد الغاصب يضمن اما اذا خلل بفعل الغاصب لا يضمنه
وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفي قول وجب رده يضمن **قوله** وبهذا
فارق الهلاك عن نفسه حيث لا يضمن لانه لم يفوت شيا فلا يضمن كما في المستعار حيث يضمنه بالاستهلاك
دون الهلاك وكذا الوديعة بشي لا قيمة له بالاستهلاك دون الهلاك وكذا الوديعة بشي لا قيمة له
يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك **قوله** محمول على اختلاف الجنس بان قضى لاحدهما بالدراهم
وللاخر بالدنانير اذ القاضي انما يقضي بما يشترى به في الاسواق ويباع اما عند اتحاده بان قومها
بالدراهم او الدنانير فحينئذ يطرح ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لانه لا فائدة في الاخذ منه ثم الرد
عليه وله اي لابي حنيفة التقوم حصل اي تقوم الجلد حصل بفعل الغاصب فيكون تابعا لما زاد الدباغ
فيه لظهور ماليته به فلا يضمنه بالاستهلاك كما لا يضمن الاصل وهو ما زاد الدباغ فيه ولهذا لا
يضمن الجلد بدون هذا الوصف وبخلاف وجوب الرد حال قيامه اي الجلد لانه اي الرد يتبع الملك
اي تابع للملك والجلد في حكم الملك غير تابع للصنعة لثبوت الملك قبل الصنعة **قوله** في
هذا الوجه اي الذي دبغه بشي متقوم قيل لم يسر له ذلك اي مطلقا بلا خلاف لان الجلد لا قيمة له
فلا يمكن تضمينه لان التضمين للمتقوم بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وكان له تركه عليه واخذ القيمة
قوله على هذا الخلاف على ما بيناه انفا قيل يضمنه قيمة جلد غير مدبوغ اي على قولهما كما في
الاستهلاك اعني الذي دبغه بشي له قيمة وقيل قيمة جلد ذكي اي طاهر غير مدبوغ لان صنعة الدباغ حصلت

بفعله فلا يوجب الضمان عليه رته زوال صفة النجاسة وذلك حاصل بفعله
بل بميز الجلد من الدسومات النجسة **قوله** ولو استهلكه اي الجلد الذي دبغه بشي لا قيمة له
يضمن قيمته مدبوغا اي بالاجماع نص في الذخيرة لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه
فكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك **قوله** لان وصف الدباغة هو
الذي حصله فلا يوجب الضمان عليه لكن من ضرورته صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله بل بتميز
الجلد من الدسومات النجسة وجه الاول وهو ان يضمنه قيمته مدبوغا قال القدوري لو ان
الغاصب جعل هذا الجلد اديما او زقا او دفترا او جرابا او فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك
سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب فكان هو اولى فان كان الجلد ذكيا فعليه قيمته يوم
الغصب وان كان ميتة فلا شي له كذا في الايضاح والذخيرة **قوله** قالوا اي اكثر المشايخ الخل
للغاصب على قول ابي حنيفة لانه استهلاك الا ان الخمر لم يكن متقومة والملح كان متقوما فترجح
جانب الغاصب فيكون له بغير شي وقال بعض المشايخ هذا والاول سوا اذ الملح صار مستهلكا
فيه فلا يعتبر **قوله** على ما قيل وقيل في الجلد اي على القولين المذكورين في دبغ الجلد
وسعي ان نقرا بالوصل حتى يستفاد منه ذلك المعنى ولو خللها بالقا الخل اختلف المشايخ فيه ايضا
قال بعضهم على قول ابي حنيفة يكون للغاصب بغير شي سوا صار خلا من ساعته او بمرور الايام
لان الخلط استهلاك واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعلى قول ابي يوسف ومحمد ان صار خلا
بمرور الزمان كان بينهما على قدر كيلهما لانه لم يصر استهلاكا بل صار كانه خلط الخل بالخل وهو اي
خلط الخل بالخل على اصله على اصل محمد ليس باستهلاك اذ خلط الجنس بالجنس ليس باستهلاك وهو
قول ابي يوسف ايضا فيكون الخل مشتركا بينهما لانه صار خالطا خل نفسه بخل غيره فاذا اتلفه
فقد اتلف خل نفسه وخل غيره كذا في جامع ابي اليسر **قوله** في الوجهين ما اذا صارت خلا
من ساعته او بمرور الزمان ولا ضمان في الاستهلاك اي في استهلاك خمر المسلم ولا يجوز ان يضمنه باعتبار
الخل ايضا لان الخل ملك الغاصب **قوله** وقد كثرت فيه اقوال المشايخ حتى قال بعضهم يصير
المخلوط مشتركا ههنا بالاجماع لان عند ابي حنيفة انما ينقطع حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط
كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثله من ملك نفسه فاما اذا لم يضمنه فلا ينقطع لان وجود
الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه بمكيل اخر لغيره كذا ذكره المحبوبي وما
ذكرنا من الاقوال يحتمل ان يكون هو الذي ذكره بقوله وقد ابيناها في كتاب المنتهى **قوله**
او اهراق له سكرا وفي المغرب هراق الما بمعنى اراقه اي صبه يهريق بتحريك الها واهراق يهريق
بسكون الها في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زايد وفي الصحاح هراق الما يهريقه بفتح الها هراقة
اصله اراق يريق اراقة واصل اراق اريق واصل يريق يؤريق وانما قالوا انا اهريقه ولا يقولون
اؤريقه لاستثقال الهمزتين وقد زال ذلك بعد الابدال وفيه لغة اخرى اهرق الما اهراقا على افعل
يفعل وفيه لغة ثالثة اهراق يهريق اهرياقا فهو مهريق والشي مهراق ومهراق ايضا بالتحريك وهذا شاذ
وقالا لا يضمن وبه قال ملك واحمد وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح واذا كسر لم
يصلح له لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لانه اتلف بالكسر ماله قيمة وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم
يلزمه ضمانه لو اتلف شيا من الملاهي التي اقتنيت في البيت لا للهو ضمنه عنده وفيه اشارة الى انه اذا
اقتنى لاجل التلهي لا ضمان بالاتفاق **قوله** يباح ضربه في العرس يضمن بلا خلاف قال ابو الليث
ضرب الدف في العرس مختلف بين العلما قيل يكره وقيل لا يكره اما الدف الذي يضرب في زماننا هذا مع

الصحان والجلاجلات ينبغي ان يكون مكروها واما الخلاف في الدف الذي كان يضرب في الزمان المتقدم
كذا في الذخيرة وقيل الفتوى في الضمان على قولهما اي يفتى بعدم الضمان لكثرة الفساد في الناس ذكره
في جامع ابي اليسر وذكر الصدر الشهيد عن اصحابنا انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع
الفساد حتى قالوا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين واراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد
الفسق لانه روي عن عمر انه هجم حين بلغه عن نايحة من نسا اهل المدينة فهجم عليها وضربها بالدرة
حتى سقط خمارها فقيل يا امير المومنين قد سقط خمارها فقال انه لا حرمة لها قالوا معنى قوله حين
اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد اسقطت حرمتها وروي انه احرق البيت على الثقفي حين سمع شرابا
في بيته وعن الفقيه ابي بكر البلخي انه خرج عن بعض ثغور وكانت النسا كاشفات الروس والذراع
فقيل له كيف فعلت فقال انه لا حرمة لهن انما الشك في ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك
استدلالا بما قال عمر وهل يضمن قيمة الدنان ان كان باذن الامام لا يضمن والا يضمن وقال ابو يوسف
ان كان لا يتيسر اراقتها الا بشق الزق لا يضمن ككسر المعازف وعند الشافعي واحمد في رواية
يضمن كذا في جامع المحبوبي **قوله** وهو يامر اي الكسر والاراقة بامر الشرع قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم بعثت بكسر المزامير وفي رواية بعثت لمحق القينات والمعازف وقتل
الخنازير وقال عليه الصلاة والسلام اذا راى احدكم منكرا فلينكر بيده فان لم يستطع فبلسانه
فان لم يستطع فبقلبه وكان كسرها امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر باليد فلا يضمن كما لو فعله بامر
الامام وفي الذخيرة والمغني وبستان ابي الليث الامر بالمعروف على وجوه ان كان يعلم باكبر رايه
انه لو امر بالمعروف يقبلون منه ويمتنعون عن المنكر فالامر واجب عليه ولا يسعه تركه ولو علم
باكبر رايه انهم يقذفونه بذلك ويشتمونه فتركه افضل وكذا لو علم انهم يضربونه ولا يصبر على
ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركه ولو علم انه يصبر على ضربهم ولا يشكو الى احد فلا
باس به وهو مجاهد ولو علم انهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر بالمعروف
افضل وذكر المحبوبي مطلقا وقال الامر بالمعروف واجب او فرض اذا غلب على ظنه انهم يتركون الفسق
بالمعروف ولو غلب على ظنه انهم لا يتركون لا يكون اثما في تركه **قوله** لانه اي نصراني معر على
ذلك فيضمن عندنا وقال احمد لا يضمن وعند الشافعي بالتفصيل كما ذكرنا والدلايل ذكرها الى اخره
وقد بينا فيه خلاف الايمة الثلاثة ايضا

مسايل تتعلق بهذا الباب

غصب ثوبا فكساه المالك او طعاما فقدمه بين يديه فاكله وهو لا يعلم بانه ثوبه او طعامه يبرا
الغاصب عن الضمان وبه قال الشافعي في قول وملك وفي قول لا يبرا ولو باعه وسلمه له او وهبه وسلمه
او اودعه وسلمه او اعاره وسلمه او اجره وسلمه والمالك لا يعلم به يبرا عن الضمان عندنا وبه قال
الشافعي في وجه وملك واحمد وقال الشافعي في وجه لا يبرا ولو رهنه المالك عند الغاصب لم يبرا عن
الضمان عند الشافعي وعندنا وملك واحمد والمزني يبرا ولو حل رباط دابة او فتح قفص طير او قيد عبد
فذهب عقيب ذلك لم يضمن عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال في قول يضمن وبه قال ملك واحمد وعند
محمد يضمن سوا طار من فوره او مكث ساعة ثم طار اما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا والشافعي
خلافا لملك واحمد ولو حل راس الزق فسال المايع او قطع علاقة قنديل فانكسر ضمن ولو كان الدهن
جامدا فذاب بالشمس فسال لم يضمن وبه قال الشافعي في وجه وقال في وجه يضمن وبه قال ملك واحمد
والغصب لا يتحقق في الحر باجماع العلما فلا يضمن بالغصب اما لو استعمله مكرها لزمه اجر مثله عند الايمة
الثلاثة لانه استوفى منافع متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وعندنا لا ضمان في منافع العبد ايضا

كامر ولو حبسه مده لا يجب اجره في احد الوجهين عند الشافعي مثله عندنا ايضا وبه قال الشافعي
واحد في وجه ومالك وقال في وجه اخر انه يضمن كما في العبد ولو غصب كلبا له منفعه وحبس مدة
يجب اجره في احد الوجهين عند الشافعي وعند احمد ومالك والشافعي في وجه اخر لا يجب ولا يضمن
اذا هلك او اتلفه عند الايمة الثلاثه وعندنا يضمنه لانه مال حتى يجوز بيعه عندنا ه

كتاب الشفعة

مناسبة الشفعة الغصب
من حيث ان كل واحد يملك مال الغير بغير رضاه الا ان الغصب عدوان والشفعة مشروعة فكان حقها
التقديم لكن معرفة الغصب لكثرة وقوعه خصوصا في هذا الزمان وللكره سبب الغصب
من الاستحقاق في البياعات والشركات والمزارعات وغيرها وللشفعه سبب واحد وهو اتصال
ملك العقار عندنا ثم من محاسن الشفعه دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار وقال تعالى وما جعل
عليكم في الدين من حرج وقال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام والجمل الضرر في
صحبة الاضداد فالصحبة بالجار او الشريك المضر اعظم عقوبه وقد جا في تفسير لاعذبنه عذابا
شديدا اي الزمنه صحبة الاضداد ثم الشفعه لغة ماخوذة من الشفع لغة كما ذكر في المتن وشرعا
تملك البقعة بما قام على المشترى بالشركه والجوار فكان فيها معنى اللغة وسببها الاتصال وشرطها
معاوضه مال بمال وقال الخصاف الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فيه اشاره الى ان سببها
كلاهما على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعه لما وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا وقال
شيخ الاسلام الاتصال مع البيع علة لها لان حق الشفعه لا يثبت الا بهما ولا يجوز ان يقال بان
الشرا شرط والاتصال سبب لان الشفيع لو سلم الشفعه قبل البيع لا يصح مع وجود الاتصال فلو
كان الاتصال سببا يصح كما يصح التسليم لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب فشرطها ان يكون
المحل عقارا سفلا كان او علوا اذ الشفعه لا تثبت في المنقولات قصدا بل تثبت تبعا للعقار ومن
شرطها ان يكون طلب الشفيع وان يكون العقد عقد معاوضه وركنها اخذ الشفيع المشتراة
بشرايطها وحكمها جواز طلب الشفعه وثبوت الملك بالقضا او بالرضا اليه اشار في المبسوط
والذخيره والتحفه وغيرها وهي مشروعة بالسنة المشهورة وفي المبسوط زعم بعض اصحابنا
ان القياس يابى جواز الشفعه لانه يملك على المشترى ملكه الصحيح بغير رضاه فانه من نوع الاكل
بالباطل قال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفسه ولانه بالاخذ يدفع الضرر
عن نفسه ويلحق الضرر بغيره وليس لاحد ان يدفع الضرر عن نفسه بالحاق الضرر بغيره ولكنا تركنا
القياس بالاثار المشهورة والاصح انها اصل في الشرع فلا يجوز ان يقال انها مستحسنة عن القياس
بل هي ثابتة على موافقة القياس واجمع العلما على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم ربعه الا الاصم
وابن علية فانهما قالا لا تثبت الشفعه بحال لما ذكرنا من وجه القياس **قوله** الشفعة واجبة
اي ثابتة عند تحقق سببها لا ان يكون المراد بها لزوم الاثم عند تركها بالاجماع والخلطه بالضم
الشركه والخليط الشريك يقال خالطه اي شاركه **قوله** وافاد الترتيب في الذخيره
صورته منزل بين اثنين وسكة غير نافذة فباع احد الشريكين نصيبه فالشريك في المنزل احق
بالشفعة فان سلم فاهل السكه احق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل
وباب داره في سكة اخرى ومسئله الجار على وجهين اما ان يكون الدار المشترا في سكة نافذه وفي
هذا الوجه الشركه للملاصق واما ان يكون في سكة غير نافذه وفي هذا الوجه جميع اهل السكه
شفعا الملاصق والمقابل في ذلك على السوا وقد قيل الشفعة على اربع مراتب ويظهر ذلك في

مسئلتين احديهما بيت في دار في سكه غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم فباع احدهما
نصيبه من البيت فالشفعه اولا للشريك في البيت فان سلم فللشريك الدار فان سلم فلاهل السكة
فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر المنزل وبابه في سكة اخرى والثانيه دار بين اثنين في
سكة غير نافذه فالشفعه اولا للشريك في الدار فان سلم فللشريك في الحايط المشترك بين الدارين
فان سلم فلاهل السكة فان سلموا فللجار الملاصق **قوله** وقال الشافعي لا شفعة بالجوار
وكذا بالشركه في الحقوق كالطريق والشرب لان ذلك كالجوار وكذا فيما لا يحتمل القسمه كالنهر
والبير وبه قال ملك واحمد والاوزاعي وابو ثور وابن المنذر وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي
وعندنا والثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمه تثبت له الشفعه بعد الشريك في المبيع او في حقه وفي
شرح الوجيز عن ابن سريج تخريج لمذهب ابي حنيفة رحمه الله قال القاضي الروياني بعض اصحابي يفتي به
وهو الاختيار للشافعي الحديث المذكور في المتن رواه ابو داود وهذا الحديث ان حمل الشفعة
فيما لم يقسم اذ الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال في رواية انما الشفعة فيما لم
يقسم وانما كلمة الحصر ويدل عليه ايضا فاذا صرفت الطرق اي حصل لكل قسم طريق على حدة فلا شفعه
لما فيه اي في حق الشفعه تملك مال الغير بغير رضاه وذا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال
امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه الا ان القياس ترك بالسنة وهي فيما لم يقسم وهذا اي الجار ليس في
معناه لان حق الاخذ ثم ثبت لدفع مونة القسمه اذ لو لم ياخذ يطالبه المشتري بالقسمه فيلحقه مونة
القسمة وهذا لا يوجد في حق الجار لنا ما روينا جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن
صحيح و**قوله** الجار احق بسقبه وروي بالصاد رواه البخاري وابو داود وروى الترمذي
عن جابر انه صلى الله عليه وسلم قال الجار احق بسقبه ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحد
ثم قال حديث حسن وفي المغرب السقب القرب والاتصال واريد بالسقب هنا الساقب على معنى ذو السقب
والتسمية بالمصدر ومعنى الحديث الجار احق بالشفعة لانه جا في لفظ الجار احق بشفعته وسئل عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما سقبه قال شفعته وروى الطحاوي عن ابي بكر بن حفص ان عمر كتب الى شريح
ان يقضي بالشفعه للجار الملاصق وبعض اهل العلم رمى حديث جابر بالوهن من جهة عبد الملك ابن
ابي سليمان ولم يصب في ذلك فان احاديث الثقاة لا ترد بوهم مع ان عبد الملك ثقة ذكره الترمذي
فان قيل يطلق لفظ الجار على الشريك كما في قول الاعشى • ايا جارتي بيني فانك طالقه •
كذاك امور الناس غاد وطارقه • والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ولانه صلى الله عليه وسلم
قال الشفعه فيما لم يقسم نص على النفي عن غيره لان كلمة انما للحصر ولا تعليلكم للاستحقاق بالجوار
بسبب دفع ضرر الجوار منقوض بالجار المقابل وبالجار الملاصق بطريق الاجاره **قلنا** حمل اسم
الجار على الشريك ترك الحقيقه بلا دليل وذا لا يجوز ولان اخر الحديث يابى حمله على الشريك ملغوا
لان بالشركه يستحق الشفعه سوا كان الطريق واحدا او لا قال الامام الحلواني تركوا العمل بمثل هذا
الحديث مع شهرته وصحته والعجب منهم انهم سموا انفسهم اصحاب الحديث فلقبوا انفسهم بترك العمل بالحديث
باصحاب الحديث وقد روي ان سعدا عرض بيتا له على جاره فقال ان حبيب البيت له فبطل تاويله بالشريك
وسمي الزوجه جارا لانها تجاوره في الفراش لا لانها تشاركه وما روي يدل على ثبوت الشفعة في الشركة
وتخصيص الشي بالذكر يدل على نفي ما عداه وانما رواية انما الشفعه ليست بثبت ولان يحتمل نفي
الشبهة الثابتة بسبب الشركه على التمام او نفي الشفعة المذكور بطريق الكمال كما قال تعالى انما انت
منذر وكما يقال ان العالم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد والشريك في البقعه كامل في

صرف
سبب استحقاق الشفعه دون نفي غيره بدليل سياق الحديث فانه قال في اخره فاذا وقعت الحدود و
الطريق فلا شفعه وعند الشافعي لا شفعة هنا ايضا وكان اخر الحديث حجة لنا ايضا مع انه قبل
هذا من كلام الراوي لا من الحديث فلو صح انه من الحديث فمعنى لا شفعه بوقوع الحدود وصرف
الطريق وكان الموضع موضع اشكال لان في القسمه معنى المبادله ربما اشكل هل يستحقها الشفعه فبين
النبي صلى الله عليه وسلم انه لا يستحق الشفعه بالقسمه ولا يلزم الجار المقابل لان الصرف هناك ليس
بسبب اتصال الملك ولان الاخذ بالشفعة لما كان لحق الملك صار فرعا من فروعه فلا يكون الا لمن
له الاتصال به ملكا على الدوام وهذا لان المقصود دفع ضرر التاذي بسوء المجاورة على الدوام
فلهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستاجر والمستعير لان جواره ليس بمستدام ولان الملك الحادث
بالاجارة ملك منفعه ولا اتصال بين ملك الجار وبين منفعة جاره فلا يثبت الشفعه له كذا في المبسوط
والاسرار وغيرها **قوله** اعتبارا بمورد الشرع وهو الخليط في نفس المبيع **قوله** لان
الاتصال بهذه اي بصفة انه شريك في البقعة لدفع ضرر الجوار اي لدفع التاذي بسوء المجاورة على
الدوام حتى لا يثبت للمستاجر والمستعير اذ هو اي الجوار على الدوام مادة المضار من حيث ايقاد
النار واعلاء الجدار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار **قوله** وضرر القسمه مشروع الى
اخره جواب عن قول الشافعي ان مؤنة القسمة تلزمه عند بيع احد الشريكين ومنشا الخلاف بيننا وبينه
راجع الى معنيين فعندنا المعنى المؤثر لثبوت الشفعة اتصال الملك لدفع الشفيع بثبوت حق الشفعة
سوء ضرر الجوار سواء كان ذلك الاتصال في نفس المبيع او حقه او بالجار الملاصق وعنده المعنى المؤثر
لزوم مؤنة القسمه وعن هذا قال لا يثبت فيما لا يحتمل القسمه وكذا في الجار لانه لا قسمه هناك وكذا
في المنقولات لانه يتمكن من دفع مؤنة القسمة ببيع نصيبه والبيع والشرا في المنقول معتاد بخلاف العقار
ولما كان كذلك بقي الشان في الترجيح فعلنا ما ذكرنا معنى فيه لانه يتفق منها منازعة دايمة فلو قال الخصم
يمكن دفع ضرر الجار بالمرافعة الى السلطان قلنا ذاك ضرر اشد من السكوت والصبر لانه يحتاج الى المرافعه
وربما لا يندفع بها فيبقى السخيمة الدايمة وما ذكر من ضرر القسمه ليس بضرر لانه حق مستحق عليه شرعا
وانما المستحق لا على ان مثل هذا الضرر يتحقق في المنقول المشترك وكان ضرر مؤنة القسمه
مشروعا اما تملك مال الغير بغير رضاه غير مشروع فلا يحتمل غير المشروع لدفع المشروع فعلم ان
المؤثر في الاصل دفع ضرر الجوار اليه اشار في المبسوط والايضاح **قوله** لانه اي الاتصال
بالشركه في كل جزء وبعده اي بعد الاتصال بالشركه لانه لم يكن في كل جزء من المبيع الذي هو المقصود
بل في مرافقه وتوابعه فكان دون الاول فتاخر عنه ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة عندنا خلافا
للشافعي يصلح مرجحا اذ الترجيح يقع بما لا يكون عليه الاستحقاق كما في الاخ لاب وام مع الاخ لاب اذ
العصوبه لا يثبت مع قرابة الام **قوله** ووجه الظاهر اي ظاهر الروايه ان السبب وهو
الاتصال تقرر في حق الكل ولهذا قلنا يجب للجار ان يطلب الشفعه مع الشريك اذا علم بالبيع حتى يتمكن من
الاخذ اذا سلم الشريك حتى لو لم يطلب بعد علمه بالبيع لا حق له بعد تسليم الشريك الشفعه ذكره في المبسوط
قوله مع دين المرض اي الذي غير معروفة الاسباب او معروفة الاسباب المرض مع دين الصحة سوا
وقد مر في الاقرار **قوله** او جدار معين منها اي من الدار اي الجدار مع ارضه مقدم على الجار والمنزل
صورته ارض بينهما غير مقسومة فبنيا حايطا في وسطها ثم اقتسما الباقي فيكون الحايط وما تحته مشترك
بينهما وكان هذا الجار شريكا في بعض المبيع فيكون مقدما على الشريك اما لو اقتسما الارض قبل بنا الحايط
وخطا خطا في وسطها ثم اعطى كل واحد شيا حتى بنيا حايطا فكل واحد صار لصاحبه في الارض شريك

في البنا لا غير لا يوجب الشفعه كذا في الذخيره والمغني وكذا على الجار في بقيه الدار يعني الشريك مع
ارضه مقدم على الجار في بقيه الدار في الذخيره والمغني ذكره القدوري ان الشريك في الارض
التي تحت الحايط يستحق الشفعه في كل المبيع عند محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف فيكون مقدما على
الجار في كل المبيع وفي روايه عن ابي يوسف يستحق الشفعة في الحايط بحكم الشركه وفي الباقي بحكم الجوار
فيكون ذلك مع جار اخر بينهما **قوله** لا يجري فيه السفن قال عبد الواحد اراد السفن الصغير
مثل الزورق حتى لو كان نهرا كبيرا يجري فيه الزورق فالجار احق لان هولا ليس بشركا في الشرب ذكره في
المبسوط وفي الذخيره النهر الكبير من يشرب منه لا يحصون واختلفوا في حد ما لا يحصى وما يحصى قيل
ما لا يحصى خمسمائة وقيل اربعون وقيل مايه وقيل اصح ما قيل انه مفوض الى راي كل مجتهد في زمانه ان
راهم كثيرا كان كثيرا والا كان صغيرا القراح من الارض كل قطعه ليس فيها شجر ولا شايبه سبخ وقد يجمع على
اقرحه كمكان وامكنه كذا في المغرب وهي اي السكه الصغيره النافذه مستطيله فبيعت دار في السفلى اي
في المشعبه فلاهلها اي لاهل المتشعبة لا لاهل العليا لانه لا شركه لهم فيها ولا حق المرور ولهذا ليس
لهم ان يفتحوا ابوابا فيها وكانت كالمملوكه لاهلها وقد مرت صورته في مسايل شتى من كتاب القضا **قوله**
ولاهل السكتين لان لاهل السفلى حق المرور فيها **قوله** هو على قياس الطريق يعني لو بيع ارض
متصله بالنهر الاصغر فالشفعه لاهليه لا لاهل الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المتشعبه مع السكه المستطيله
كذا ذكره في الذخيره **قوله** والشريك في الخشبه يكون على حايط الدار وبالفارسية يقال سر سيج
تاويله اذا كان حق وضع الخشبه على الحايط من غير ان يملك شيا من رقبه الحايط لانه اذا كان هكذا فله
حق السفل لا غير فكان جارا لا شريكا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي السكه في العقار
قوله وقال الشافعي هي اي الشفعه على مقادير الانصبا وهو قول منه وفي شرح الوجيز وهو
الاصح وبه قال مالك واحمد في المشهور منه وقال الشافعي في قول واحمد في رواية فالشفعه على عدد
الروس كقولنا واختاره المزني وابن عقيل من اصحاب احمد وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وابن ابي
ليلى وابن شبرمه صوره المسلة دار بين ثلاثه لاحدهم نصفها ولاخر سدسها ولاخر ثلثها فباع صاحب
النصف نصيبه فالشفعة بينهما اثلاثا عند الشافعي بقدر ملكهما ولو باع صاحب السدس كان بينهما
اخماسا عنده ولو باع صاحب الثلث كان بينهما ارباعا عنده وعندنا بينهما انصافا في الكل **قوله**
من مرافق الملك اي فوايده لانه يستفاد به فيكون على قدر الملك كالولد واللبن في النمره والربح في
والغلة في الملك المشترك ويشكل على هذا ثلاث مسايل احديها ما لو اعتق اثنان نصيبهما في عبد مشترك
بين ثلاثه على التفاوت كان المعتقان اذا كانا موسرين يغرمان نصيب الثالث بالسويه والثانيه لو مات مالك
الدار عن ابنين ثم مات احدهما وله ابنان ثم باع احد الابنين نصيبه فالاخ والعم في الشفعه سوا مع تفاوت
حصصهما والثالثه اذا مات الشفيع قبل ان ياخذ لورثه الشفيع ان ياخذوا ما كان ياخذه ابوهم على
العدد امراته وابنه في ذلك سوا وبهذه المسايل رجح المزني القول الثاني وهو قولنا فاجابوا عن
مسلة العتق بانه على القولين ولو سلم انه قول واحد فالفرق ان ذلك ضمان اتلاف لا فايدة ملك حتى
يتقدر بقدره وفيه ضعف وعن المسله الثانيه ان للشافعي قولان في القديم وبه قال مالك الاخ يختص
بالشفعة لان ملكه اقرب الى ملك الاخ وفي الجديد وقول ابي حنيفه واحمد والمزني ان العم والاخ يشتركان
نظرا الى الملك لا الى سبب الملك لان الضرر المحوج الى اثبات الشفعه لا يختلف وفيه ضعف كما ترى وعن
الثالثه ان فيها قولين وعلى قول الاستوا ان الاصل الاستحقاق باعتبار الارث وفي هذا لا يختلف
كذا في شرح الوجيز وفي الكل ضعف كما ترى **قوله** وهذا انه كمال السبب لانه علم ان نفس

الملك علة تامة لا قدره **قوله** والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته اي بكثرة الدليل كما في الشهود وكثرة الجراحات وكثرة الاقيسة ولا قوة اي لم يظهر الترجيح في مسئلتنا اذ لو ظهر لكان المرجوح مدفوعا بالراجح وههنا لا يبطل حق صاحب القليل فعرفنا انه لا ترجيح في جانبه اليه اشار في المبسوط فان قال الشافعي لا يلزمني ذلك لجواز ان يكون العلة الواحدة مثبتة لكمال الحكم ولكن عند الانضمام مع اخرى تثبت استحقاق احدهما اكثر عما ثبت عند الانفراد كما في الرجالة في الغنيمة اذا انفردوا استحقوا الغنيمة وكذا الفرسان اذا انفردوا يستحقون الكل ايضا وعند الاجتماع يقسم على التفاوت وكذا لو مات وترك بنتا واختا او اما فللبنت النصف والباقي للاخت او للاخ بحق العصوبة اما لو ترك بنتا واخا واختا كان النصف بينهما اثلاثا فكذا ههنا وكذا لو كان الحائط المائل مشتركا بين اثنين اثلاثا فاشهد عليهما ثم سقط واصاب مالا او نفسا فالضمان عليهما اثلاثا بقدر الملك فيجب ان يكون الشفعة كذلك قلنا تفضيل الفارس ثبت شرعا بخلاف القياس مع ان الفرس بانفراده لا تصلح علة للاستحقاق فيصلح مرجحا اما في مسئلتنا ملك كل جزء علة تامة للاستحقاق فلا يصلح مرجحا واما مسئلة الميراث فليس نظيرنا لان نصيب الاخ والاخت عند الانضمام باعتبار ان الشرع جعل عصوبة الانثى بالذكر علة لاستحقاق نصف ما للذكر لتفاوتهما في نفس العلة لا ان العلة مرجحة بعلة اخرى اذ العصوبة بالاخ غير العصوبة بالبنت فاذا ثبتت العصوبة بالاخ زالت العصوبة بالبنت والعصوبة بالاخ متفاوتة شرعا فلم يكن من قبيل ترجيح العلة بالعلة واما مسئلة الحائط فقلنا ان مات بجرح الحائط فالضمان عليهما نصفان لاستوائهما في العلة وان مات بثقل الحائط فالضمان عليهما اثلاثا لان التساوي في العلة لم يوجد اذ ثقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير وكان هذا راجعا الى ما يتولد من الملك كالولد والثمرة والشفعة ليست من ثمرات الملك لان تملك ملك غيره لا يكون من ثمرات ملكه لانه يحصل باختياره والثمرة تحصل بدون اختياره اليه اشار في المبسوط والاسرار والايضاح **قوله** في الكل على عدد رؤسهم عندنا وعند الائمة الثلاثة على قدر ملكهم اما ان يريد ان ياخذ حصته دون حصة الغائب ليس له ذلك باجماع العلماء لان في ذلك تفريق الصفقة والاضرار بالمشتري في تنقيص الملك عليه وهذا الذي ذكرنا قبل القضاء حتى لو قضى القاضي بالشفعة لاحدهما ثم سلم احدهما نصيبه لم يجز للاخر ان ياخذ الجميع لانه لما قضى بالدار بينهما بالشفعة صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فبطل حق شفعته فيما قضى لصاحبه ضرورة وهكذا اذا قضى للخليط ثم سلم الشفعة لم يكن للشريك في المرافق ان ياخذ بالشفعة لبطلان حقه الضعيف بالقضاء وكذا لو قضى للشريك في المرافق ثم سلم لم يكن للجار ان ياخذ لما ذكرنا ذكره في المبسوط **قوله** لان الغائب لعله لا يطلب وحق الحاضر ثابت في كل الدار بصفة التاكد لان تاكد الشفعة بالطلب وقد وجد وحق الغائب لم يتاكد وكان مشكوكا فيه فلا يؤخر الحق المتاكد لاجله وفي المبسوط والذخيرة شفيعان احدهما حاضر والاخر غائب وقضي للحاضر بكل الدار فللغائب ان ياخذ نصفه ولو جعل بعض الشفعاء لاخر لم يصح الجعل وسقط حقه وقسمت على عدد من بقي وان قال الذي قضى له بالشفعة لاخر انا اسلم لك الكل فاما ان ياخذ الكل او يدع فليس له ذلك وللثاني ان ياخذ النصف ولو كان الحاضر لم يحضرها بالشفعة ولكن اشتراها من المشتري بحضرة الغائب ان شاء اخذ كلها بالبيع الاول او بالبيع الثاني لان الحاضر اسقط حقه بالاقدام على الشرا وخرج من البين ولو كان المشتري الاول شفيعا ايضا فاشتراها شفيع حاضر ايضا منه بحضرة الغائب ان شاء اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ الكل بالبيع الثاني

لان المشتري الاول لم يثبت له حق قبل الشرا حتى يكون بشراه معرضا عنه بل هو شفيعا في البيع الاول فلا يكون للغائب بالبيع الاول الا النصف اما العقد الثاني فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب البيع الاول وقد اسقطه بالاقدام على الشرا فللغائب ان ياخذ كله بالبيع الثاني **قوله** والشفعة تجب بالعقد معناه بعده الى اخره وفي النهاية هذا التاويل والتعليل مخالف لعامة رواية الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وغيرها لما انها صرح بان سبب وجوبها البيع والشرا وفساد تاويل الكتاب ظاهر لما ان سبب ثبوتها لو كان الاتصال يعني لو سلم الشفعة قبل البيع تبطل شفعته ولم تبطل بالا وقد صرح في المبسوط انه اسقاط قبل السبب قيل في جوابه هذا لا يلزم على الشيخ لانه قال يثبت بعده وانكر سببيه الاتصال قبل وجود الشرط وهو العقد لان الشرط يمنع السبب عندنا عن الاتصال بالمحل فتسليم الشفعة قبل العقد ككفارة اليمين قبل الحنث فلا يجوز لان العقد سبب و **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال والبيع تعرفها اي رغبة البائع عنه **قوله** حق ضعيف يبطل بالاعراض قال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال ان قيد ثبت وهو كناية عن سرعة سقوطه **قوله** او قضاء القاضي في الذخيرة للشفيع ان يمتنع من الاخذ وان بذل المشتري له حتى يقضي القاضي لان في القضاء زيادة فائدة وهي معرفة القاضي سبب ملكه وعلمه بمنزلة شهادة شاهدين وكان الاخذ بالقضاء احوط **قوله** ويظهر فائدة هذا وهو توقف الملك في المشفوعة الى التراضي او القضاء بعد الطلبين والله اعلم

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قوله لما ثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه **قوله** طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث قال صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة وهي مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب يسرع في طي الارض بمشيه وهواي طلب المواثبة ان يطلبها كما علم سواء كان عنده احد او لا وفي شرح الاقطع وانما يفعل ذلك وان لم يكن عنده احد لئلا يسقط حقه ديانة وفي المبسوط لكي يتمكن من الحلف اذا حلفه المشتري وفي المغني لو علم البيع فسكت لا يبطل شفعته حتى يعلم المشتري او المتهم بترك هذا الطلب تبطل شفعته عندنا والشافعي في الجديد واحمد على المنصوص منه وابن شبرمة والبتي والاوزاعي والعنبري وعن احمد في رواية الشفعة على التراخي فلا تسقط ما لم يوجد منه دليل على الرضا بالسقوط من عفو ومطالبة بقسمة وهو قول مالك والشافعي في قول وابن ابي ليلى والثوري الا ان مالكا قال تسقط بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم انه تارك لها وعنه بمضي اربعة اشهر لان الشفعة حق ثابت فلم يسقط بالتاخير كحق القصاص ولا ضرر له في تراخيه ولا عدم النفع للمشتري لانه يستغل المبيع ولو احدث فيه عمارة من غراس وبنا فله قيمته وقدر ابن ابي ليلى والثوري ان الخيار مقدر بثلاثة ايام وهو احد اقوال الشافعي لان الثلاث صلحت حد المدة خيار الشرط فصلحت لهذا الخيار ايضا لان الشفيع يحتاج الى النظر والتامل انه ينتفع بجوار هذا المشتري فلا يطلب الشفعة او يتضرر فيطلب فصار كخيار الشرط ولنا ما روى السلماني عن ابيه عن عمر انه صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال وفي رواية كنشط العقال ان قيد ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها وروى الفقهاء في كتبهم انه عليه الصلاة والسلام قال الشفعة لمن واثبها ولانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولا السكوت عن الطلب بعد العلم بالعقد دليل الرضى بمجاورة المشتري ودليل الرضى كصريحه اذ لو جعل سكوته دليل الرضا ليتضرر المشتري على تقدير التصرف فيه اعتمادا على سكوته كذا في المبسوط **قوله**

وهو روايه عن محمد وفي المحيط وهي روايه مشهورة صحيحه وعليه عامه المشايخ وبه قال الشافعي
في الاصح واحمد في المنصوص **قوله** كما في المخيره فان لها الخيار مادامت في مجلسها والجامع
حاجه الراي والتامل ولان الشرع اوجب له حق التملك بدل ولو اوجب البايع له ذلك بايجاب البيع
كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولو قال بعدما بلغه الخبر الحمد لله اي على روايه
الكرخي لو قال بعد البيع الحمد لله الى اخره يعني هذه الالفاظ لا تدل على الاعراض لان الاول حمد
على الخلاص من سوء جوار البايع مع الامن من ضرر الدخيل بالشفعه والثاني يتعجب منه لقصد اضراره
والثالث لافتتاح كلامه كما هو عرف بعض الناس فانهم يفتتحون كلامهم بسبحان الله وكذا اذا قال من
ابتاعها وبكم بيعت فليس باعراض لانه قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد يصلح له بثمن دون ثمن
فكان التعرف عن هذا تحقيقا للطلب لا اعراضا **قوله** والاشهاد فيه اي في طلب المواثبة ليس
بلازم لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة
حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه انه طلبها كما سمع وفي الذخيره وانما ذكر اصحابنا الاشهاد
عند الطلب لا لانه شرط صحة هذا الطلب بل لاعتبار ثبوته على المشتري عند انكاره الطلب كما قالوا
اذا وهب لابنه الصغير واشهد على ذلك فما ذكر والاشهاد لصحة الهبة بل لاثباتها عند انكار الاب
وكما ذكروا الاشهاد في الحايط المايل على طريق الاحتياط لا لانه شرط صحة التغريم **قوله**
لان الاعتبار للمعنى اذ في العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن امر ماض ومستقبل حتى
قال الفضلي اذا سمع الرستاقي ارضا بجنب ارض وقال شفعه شفعه كان ذلك منه طلبا
كذا في الذخيره وفي المغني قيل لو قال طلبت الشفعه واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا
في الابتداء فصار كالسكوت والصحيح انه طلب ولا تبطل به الشفعة لانها كالانشاء عرفا كما في بعت
واشتريت وفي المحيط ولو قال طلبت الشفعه واطلبها بطلت شفعته وكذا لو قال الشفعة لي
اطلبها تبطل ولو قال للمشتري انا شفيعك واخذ الدار منك تبطل شفعته ولو كان المشتري واقفا مع
ابيه فسلم قبل الطلب ان سلم على الاب تبطل وان سلم على الابن لا ولو قال المشتري بالفارسية شفعت
خواهم بطلت شفعته ولو قال للمشتري بارك الله في صفقتك او دعى له بالمغفرة بعد السلام
عليه قبل الطلب تبطل شفعته وقال الشافعي لا تبطل لان ذلك من تتمة السلام وقلنا كلام بلا ضرورة
ولا عرف فيه فتبطل شفعته وفي فتاوى قاضي خان لو ادركت الصغيره وثبت لها خيار البلوغ والشفعة
فلو قدمت احدهما يبطل الاخر فالحيله ان يقول طلبت حقين في الشفعة والخيار وكذا لو زعم الشفيع ان
رقبه الدار المبيعة له ويخاف انه لو ادعى رقبتها تبطل شفعته لان مالك الدار لا يكون شفيعا وان
ادعى الشفعه لا يمكنه دعوى الدار بعده قالوا الحيله ان يقول هذه الدار لي وانا ادعي رقبتها فان وصلت
اليها والا فانا على شفعتي فيها لان هذه الجمله كلام واحد فلم يتحقق منه السكوت عن طلب الشفعة
قوله وواحد عدل عند ابي حنيفه وبه قال الشافعي في وجه واحمد في روايه والمستور كالعدل
عند ابي حنيفه وزفر واحمد في روايه والمراة في ذلك كالرجل والحر كالعبد وبه قال احمد والشافعي
فيه وجهان احدهما كقولنا والثاني لا يسقط بخبر المراة والعبد كما في خبر الفاسق والصبي وبه قال
القاضي الحنبلي وهذا الخلاف فيما اذا لم يصدق الشفيع المخبر اما لو صدقه فسكت تبطل شفعته بخبر
كل مخبر مميز **قوله** فيما تقدم اي في اخر فصل القضا بالمواريث واراد باخواته المولى اذا اخبر
بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر **قوله** بخلاف المخيره يعني اذا اخبر المراة ان
زوجها خيرها مخبر مميز صارت مخيره عند ابي حنيفه رحمه الله سوا كان المخبر عدلا او لا حتى لو اختارت

نفسها في مجلس الخبر يقع الطلاق والا فلا ولا يشترط في المخبر شطري الشهادة لانه ليس فيه اي خيار المخيرة
الزام حكم بل هو ابقا ما كان على ما كان وفي حق الشفيع الزام حيث يلزمه ضرر سوء الجوار وفي بعض النسخ
اما في الشفعة الزام الكف عن طلب الشفعة عند السكوت وهذه النسخة غير مشهورة وبخلاف ما
اذا اخبره المشتري اي لا يشترط عنده اتصاف المشتري احد شطري الشهادة **قوله** اذ كان المبيع
في يده اي في يد البايع اما اذا لم يكن في يده ذكر القدوري والناطفي لا يصح الطلب منه لانه لم يبق له
يد ولا ملك فصار كالاجنبي وذكر الامام احمد الطواويسي والشيخ الامام خواهر زاده يصح استحسانا
لان الاشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري **قوله** او على المبتاع اي على المشتري
سوا كانت الدار في يده او لا لان الملك له وياخذ الشفعه منه عند العقار لتعلق الحق به فاذا فعل
ذلك استقرت شفعته ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفعته
دفعا للضرر عن المشتري لانه ربما يتصرف فيها على تقدير انه لا يطلب الشفعة ثم يطلب بعد زمان فينقض
تصرفاته في الدار فيتضرر ثم اذا تاخر لعذر بان علم في الليل فاخره فاخره الى الصبح او اقيمت الصلاه
او يخاف فوت الصلاه فاخره لا تسقط وبه قال الشافعي واحمد وفي المحيط لو صلى بعد الظهر ركعتين
لا تبطل شفعته ولو صلى اكثر تبطل ولو صلى بعد الجمعة اربعا لا تبطل ولو صلى اكثر من اربع تبطل وكذا
لو شرع في الاربع قبل الظهر فاتمها اربعا لا تبطل وفي مبسوط شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب
الاشهاد بعد طلب المواثبه اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشرا حال غيبة المشتري
او البايع او الدار اما اذا سمع الشرا عند حضره احد هولا وطلب المواثبه واشهد على ذلك فذلك
يكفيه ويقوم مقام الطلبين فلو ترك الاقرب من هذه الثلاثه وقصد الابعد فان كانوا جملة في مصر
واحد فالقياس ان تبطل شفعته وفي الاستحسان لا تبطل لان نواحي المصر كناحية واحدة حكما اما لو كان
احد الثلاثه في المصر والاخر في مصر اخر او في رستاق فقصد الابعد وترك الاقرب بطلت شفعته
استحسانا وقياسا لانهما لم يجعلا كمكان واحد حكما **قوله** وهو روايه عن ابي يوسف اي قول ابي
حنيفة وبه قال الشافعي واحمد وقول محمد روايه عن ابي يوسف ايضا **قوله** معناه اذا تركها
من غير عذر وفي الذخيرة والمغني لو ترك المرافعة الى القاضي بعد الطلبين بعذر مرض او حبس او
عدم قدرته على التوكيل بالطلب لم تبطل شفعته بالاجماع اما لو ترك المرافعة بغير عذر لا تبطل
عند ابي حنيفة وبه قالت الايمه الثلاثه وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد وابي يوسف في
رواية اذا طالت المدة تبطل وهو قول زفر واختلفت الرواية عنهما في طول المدة وفي رواية
مقدر بثلاثه ايام وفي روايه اخرى مقدر بشهر وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف قال شيخ
الاسلام وقاضي خان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة الفتوى على هذا وكان ما اختاره في
الكتاب بان الفتوى على قول ابي حنيفه خلافا لرواية هذه الكتب وفي الذخيره والمغني لو ترك المرافعة
خوفا ان القاضي يبطل شفعته بانه لا يرى الشفعه على الجوار فهو على شفعته **قوله** على ما مر
في الايمان اي في مسئلة ليقضين حقه عاجلا **قوله** وما ذكر اي محمد من الضرر بما اذا كان
اي الشفيع غايبا اي لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين ان يكون الشفيع حاضرا او غايبا ثم لم
يعتبر ضرورة في الشفيع الغايب حيث لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق فيجب ان لا يبطل فيما
اذا كان الشفيع حاضرا وفي الذخيره لو كان الشفيع غايبا ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل
على قدر المسير الى المشتري او البايع او الدار المبيعه لطلب الاشهاد ولو قدم المصر وتغيب المشتري
وطلب طلب الاشهاد على البايع او عند الدار ثم ترك طلب التمليك لا تبطل شفعته وان طال ذلك بلا

خلاف لان ذلك ترك بعذر اذا لا يمكنه اتباع المشترى لاجل الخصومة لانه كلما مر اليه المشترى
ليأخذ منه هرب المشترى الى مصر اخر ثم الشفعة تثبت للغايب عند جمهور العلما الا عند النخعى
والعكلى والبتى حيث قالوا لا شفعة للغايب لان في اثباته ضررا بالمشترى حيث لا يستقر على تصرف
في ملكه على حسب اختياره خوفا من اخذه فلم تثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي وللجمهور عموم
الاحاديث وما ذكرنا من ان ضرر الشفيع فوق ضرر المشترى **قوله** لا تبطل شفعته بالتاخير
بالاتفاق اى باتفاق اصحابنا وقال الشافعى تبطل لان الاخذ بالشفعة لا يفتقر الى حكم الحاكم عندهما
لانه حق ثبت بالاجماع والنص فلا يفتقر الى الحكم كالرد بالعيب وقلنا هو نقل الملك عن مالكه الى
غيره قهرا فيحتاج الى الحكم **قوله** واذا تقدم الشفيع الى اخره هذا هو طلب الخصومة الذى
وعد بقوله وسنذكر كيفيته من بعد **قوله** لان اليد ظاهر محتمل فيحتمل انه يد ملك وغير ذلك
المحتمل لا يصلح ان يكون حجة عندى وقال زفر وابو يوسف في رواية يستحق بظاهر اليد اذ اليد دليل
ولهذا احل للشاهد ان يشهد بالملك بمجرد اليد **قوله** يسال القاضى المدعى اى مدعى الشفعة
قبل ان يقبل الى اخره من موضع الدار اى الدار المشفوعة وحدودها لان العقار يعرف بالحدود
وموضعه فيشترط بيانه لتكون الدعوى في المعلوم اذ الدعوى في المجهول لا تصح ثم بعد ذلك
يساله القاضى ان المشترى قبضها ام لا اذ لا تصح الدعوى على المشترى اذا لم يقبض الدار ما لم
يحضر البايع لان اليد للبايع فاذا ذكر القبض ينبغى ان يساله باى سبب يدعى الشفعة لاختلاف اسباب
الشفعة لينظر القاضى ان ما زعمه هل هو سبب فان على قول شريح تثبت الشفعة للجار المقابل ولينظر
بعد ان يكون سببا هل هو محجوب بغيره ام لا ويساله القاضى بعد ذلك متى علمت بالشرا وكيف صنعت حين
اخبرت بالشرا فانما احتاج الى الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد
الخبر وانما يساله عن وقت الخبر لينظر القاضى ان المدة هل تطاولت من وقت الاخبار الى وقت المرافعة
لان المدة اذا تطاولت لا يلتفت القاضى الى دعواه عند ابى يوسف ومحمد وعليه الفتوى عند الاكثر
ثم يساله عن طلب المواثبة فلو قال طلبت من غير لبث يساله عن طلب الاشهاد هل طلبه طلب الاشهاد
بلا لبث وتقصير فان بين ذلك ساله ان الذى طلب بحضرته هل هو كان اقرب من غيره فاذا بين فقد
صح دعواه فبعد ذلك يسال المدعى عليه عن ملكه الذى يشفع به فان اعترف به حكم والا كلفه
اقامة البينة كما بينا الكل من الذخيره هذا الذى ذكرنا من الذخيره مما احال بيانه على الكتاب الموسوم
بالتجنيس والمزيد وكلاهما اسم كتاب واحد للمصنف في الفتاوى وقال فيه ينبغى ان يقول انما اطلب
الشفعة بدار اشتريتها من فلان التى احد حدودها كذا والثانى والثالث والرابع لان الدار انما
تصير معلومة بذكر الحدود وبين حدود الدار المشتراة ايضا لان الدعوى انما تصح بعد اعلام المدعى
به والاعلام بذكر الحدود **قوله** فيحلف على العلم وفي الذخيره هذا على قول ابى يوسف
لانه استحق الشفعة بمجرد اليد عنده اما عند محمد فيحلف على البتات لانه يدعى عليه استحقاق
الشفعة كما ذكرنا بهذا السبب وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشرا او غيره وهناك يحلف على
البتات فكذا ههنا **قوله** وقد ذكرنا الاختلاف اى من فصل كيفية اليمين والاستحلاف
في الدعوى في قوله وهذا قول ابى حنيفة ومحمد اما على قول ابى يوسف يحلف في جميع ذلك على
السبب الى اخره **قوله** وهذا رواية ظاهر الاصل وبه قالت الايمة الثلاثة وابن شبرمة
الا عند الشافعى وابن شبرمة ينتظر ثلاثة ايام فان احضر والا فسخ عليه وعند مالك واحمد
ينتظر يوما او يومين والا يفسخ عليه **قوله** فتوى مال المشترى فقد قال صلى الله عليه وسلم

نوى

لا توى على مال امرئ مسلم ووجهه ظاهر الرواية انه لا يلزمه عليه اى لا ثمن للمشترى على الشفيع
قبل القضا فلا يتمكن المشترى من مطالبته فكيف يجب احضاره وفي شرح الطحاوى لا ينبغى للقاضى
ان يقضى بالشفعة حتى يحضر الثمن اما لو قضى ينفذ قضاؤه ووجب عليه الثمن ويحبس المشترى المبيع
حتى يحضر الشفيع ولو قال الشفيع ليس عندى الثمن احضره اليوم وغدا او ما اشبه ذلك فالقاضى
لا يلتفت الى ذلك ويبطل حقه في الشفعة ثم قال والفرق بين البايع والمشترى وبين الشفيع والمشترى
فان المشترى في البيع لو ماطل لا يبطل الشرا وههنا يبطل ان البايع ازال ملكه قبل وصول الثمن
اليه فقد اضر بنفسه عن اختياره فلا ينظر له بابطال ملك المشترى وانما ينظر باثبات ولاية
الحبس فاما المشترى ههنا فلا يزيل ملكه عن نفسه باختياره ليقال اضر بنفسه قبل وصول الثمن
اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه
على وجه لا يضر غيره ودفع الضرر عن المشترى بابطال الشفعة اذا قال الشفيع ليس عندى الثمن
او قال احضره غدا كذا في الذخيره **قوله** لا تبطل شفعته وفي الكافى عند محمد لانها اى الشفعة
تاكدت بالخصومة عند القاضى وبالقضا للشفيع ايضا **قوله** وهى به مستحقة يعنى لا يتمكن
المشترى من ابطاله كرها **قوله** فلا بد من حضورهما اى حضور البايع والمشترى اذ الشفيع
يريد استحقاق الملك واليد ولان اخذه من يد البايع يوجب انفساخ البيع بين البايع والمشترى
وذا لا يتم الا بحضور من المشترى فيشترط حضورهما ثم الاخذ من يد البايع يجوز عندنا والشافعى
في وجه واحمد وقال الشافعى في قول واحمد في رواية يجبر الحاكم المشترى حتى يقبضه من يد البايع
فيأخذ الشفيع من يده لان الشفيع يشترى المبيع من المشترى فلا يأخذ من غيره والعهدة على المشترى
بكل حال عند الشافعى ومالك واحمد وعند ابن ابى ليلى والبتى على البايع بكل حال وعندنا ان اخذه
من يد البايع فالعهدة اليه وان اخذه من يد المشترى فالعهدة عليه وفي الذخيره والايضاح فان
اخذها من يد البايع فالعهدة عليه لان بالاخذ من يد البايع ينفسخ العقد الذى جرى بين البايع والمشترى
ويقع التملك على البايع هو المذهب عندنا ثم قال **ـــ** وقيل معنى انفساخ البيع بين البايع والمشترى
الانتقاض في حق الاضافة اليه فان قول البايع للمشترى بعت هذه الدار اثبات للبيع و**قوله**
منك اضافة فاذا اخذها الشفيع صار ذلك البيع مضافا الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشترى
وانتقضت الاضافة الى المشترى مثاله في المحسوس من رمى سهما الى رجل فتقدم عليه غيره واصاب السهم
فالرمى في نفسه لم ينقطع ولكن التوجه الى الاول انقطع بتخلل هذا الثانى فخرج الاول من ان يكون مقصودا
بالرمى **فان قيل** يلزم على هذا ما ذكر في شفعة الجامع الكبير ان المشترى لو اشترى دارا قد
راها قبل الشرا فليس له خيار الرؤية فلو اخذها الشفيع ثبت له خياره ولو كان الاخذ بطريق التحول
لما ثبت للشفيع كالموكل اذا ملك المشترى من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرد به
اذا لم يثبت لوكيله وكذا لو اشترى الدار وبرئ البايع من كل عيب ولم يقبضها المشترى ثم اخذها الشفيع
من يد البايع فله ان يردها بالعيب ولو كان الاخذ بطريق التحول من المشترى لما ثبت للشفيع
الرد **قلنا** يتحول الى الشفيع من المشترى بتجديد عقد بينهما عند عامة المشايخ اسند الا لما ذكرنا
من المسئلتين وعند بعض المشايخ يتحول من غير تجديد عقد بين المشترى والشفيع واجابوا عن هاتين المسئلتين
ان مقتضى العقد سلامة المعقود عليه من العيب والبراءة عنه ثبت بشرط المشترى والشرط وجد في
حق المشترى لا في حق الشفيع وكذا المشترى راى عيبا بالدار عند الشرا وقبله ولم يره الشفيع كان له
ان يردها بالعيب وخيار الرؤية لان عدم الرد بالعيب وخيار الرؤية بعارض من المشترى ولم يوجد

ذلك العارض من الشفيع والاصل هو السلامة كذا في الجامع الكبير للامام المعروف بصدر جهيد واما
مسلة الوكيل فان الموكل اقام الوكيل مقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضررا
مرضيا بتوكيله فلم يمكن الرد بخلاف الشفيع قوله اشارة الى علة اخرى يعني اشتراط حضور
المشتري معلول بعلتين احدهما ان يصير مقضيا عليه في حق الملك لانه مالك قبل هذا لان الملك
للمشتري واليد للبايع فلابد من حضوره وثانيهما ان يصير مقضيا عليه في حق الفسخ كما ذكر ههنا
فلابد من حضوره اذ القضا على الغايب لا يجوز قوله هذا الفسخ المذكور وهو قوله فينفسخ
البيع بمشهد منه اي ينفسخ البيع اي عند فسخ القاضي في حق الاضافة يعني يكون البيع مضافا الى الشفيع
بعد ان كان مضافا الى المشتري كما ذكرنا من رواية الذخيرة والايضاح لامتناع قبض المشتري
المبيع بسبب الاخذ بالشفعة فصار المبيع هلك قبل قبض المشتري وذلك يوجب انفساخ العقد
وقوله يبقى اصل البيع الى اخره يعني ينفسخ في حق المشتري لا البايع لانه لو انفسخ البيع في
حقهما من كل وجه صار كان البيع لم يكن اصلا لان الانفساخ من كل وجه عبارة عنه فحينئذ بطل حق
الشفعة اذ الشفعة انما تجب بالبيع فاحتاج الشيخ الى هذا الاستثنا لذلك ويمكن ان يكون ماطول
في كفاية المنتهى ما نقلنا من الذخيرة مع السوال والجواب قوله على ما عرف اي في باب
الوكالة ان بيع الوكيل والموكل بيع حكما فتسليمه اي تسليم الوكيل الى الموكل كتسليم البايع الى المشتري
فتصير الخصومة اليه و قوله الا انه جواب سوال مقدر وهو ان يقال لو كان الوكيل
والموكل كالبايع والمشتري ينبغي ان يشترط حضورهما كما شرط ثم قال انه نايب عن الموكل فلا يشترط
حضور الموكل لما ان حضور نايبه كحضوره بخلاف البايع والمشتري فانه لا يكتفي بحضور البايع حتى
يحضر المشتري لان البايع ليس بنايب عن المشتري لانه عاقد اي لان الوكيل عاقد ولا يشترط حضور الغا
لحضور نايبه كما ذكرنا قوله وصيا لميت اي يكون الخصم للشفيع هو الوصي يعني اذا كانت الورثة
صغارا وقيد فيما يجوز بيعه لان بيع الوصي وشراه يجوز بالغبن اليسير لا الفاحش وكذا لو كانت الورثة
كلها كبارا لا يجوز بيع الوصي اذا لم يكن على الميت دين فكان قوله فيما يجوز بيعه احترازا عن هذين
البيعين وعند الائمة الثلاثة في مسلة الوكيل ياخذ من يد الموكل لان حقوق العقد يرجع اليه عندهم
ومسلة وكيل الغايب للشافعي وجهان احدهما مثل قولنا وهو قول احمد لانه اي المشتري ليس بنايب
عن الشفيع فلا يملك اسقاطه اي اسقاط الخيار الثابت للشفيع كما ذكرنا

فصل الاختلاف

لما ذكر مسايل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في بيان اختلافهما
اذ الاصل هو الاتفاق قوله في الثمن وفي المبسوط والكافي والدار مقبوضة فالقول قول
المشتري اي مع يمينه وبه قالت الايمة الثلاثة الا اشهب المالكي قال ان اتى المشتري بما يشبه فالقول
له بلا يمين والا مع اليمين قوله فالمشتري لا يدعي عليه اي على الشفيع شيا لانه لو يجب له على
الشفيع شي حتى يحلف الشفيع لتخيره اي لتخير الشفيع اذ المدعي هو الذي لو ترك ترك والمختص بهذه الصفة
هو الشفيع لا المشتري ولا نص ههنا انما النص في البايع والمشتري مع وجود معنى الانكار في الطرفين
هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لان المشتري لا يدعي عليه شيا
فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص وان كان الشفيع والمشتري بمنزلة البايع والمشتري فلذلك لم يجب
التحالف قوله فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وبه قال الشريف الحنبلي وقال الشافعي
واحمد تتعارض البينتان وتساقطا والقول للمشتري مع يمينه ويحتمل ان يقرع بينهما لانهما تنازعا
في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما قوله والمشتري من العدواى

٢٧٨ كبينة المشتري من العدو والعبد المأسور مع المالك القديم في ثمن العبد فبينة المشتري اولى لانها اكثر
اكثر اثباتا وكذا هذا قوله لما انه لا تنافي بين بينة الشفيع وبينة المشتري في حق الشفيع لانه يجوز ان
يشتري مرتين مرة بالف ومرة بالفين فامكن تصديق البينتين فيثبت البيعان في حق الشفيع فياخذ بايهما شا بخلاف
البايع مع المشتري لان العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثاني لا يتصور الا بانفساخ الاول في حقهما فصرنا الى الترجيح
بالزيادة وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع فجمع بين البينتين ولا يصار الى الترجيح كما لو اختلف العبد مع
المولى فقال العبد قلت ان اديت الفا فانت حر وقال المولى قلت ان اديت الفين وبرهنا فيجمع بينهما
اذ لا منافاة بينهما فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى فيعتق العبد باداء ايهما شا قوله على ما
روي عن محمد روى ابن سماعة ان بينة الموكل اولى وجه الظاهر ان الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري
وقد بينا العذر فيه قوله ذكر في السير الكبير الى اخره ولم يذكر فيه قول ابي يوسف لما بينهما
من الوحشة حين صنفا السير وبعد التسليم العمل بالبينتين غير ممكن لان الشرا الثاني فاسخ للاول فصرنا
الي الترجيح وهذه طريقة ابي حنيفة في هذه المسلة حكاها محمد والطريقة الثانية حكاها ابو يوسف
وهي قوله في الكتاب ولان بينة الشفيع الى اخره وانما قلنا ان بينة الشفيع ملزمة لانه اذا قبلت
بينة وجب على المشتري تسليم الدار شا او ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شي
ولكنه يتخير بين الاخذ بالشفعة وبين الترك وبه فارق بينة البايع مع المشتري والوكيل مع الموكل
لان كل واحد منهما ... فرجحنا بالزيادة وفي مسلة المشتري من العدو يقول على هذه الطريقة
البينة بينة المالك القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة قوله اخذها الشفيع
بما قال البايع سوا كانت الدار في يد البايع او في يد المشتري قوله ولو ادعى البايع الاكثر اي
اكثر مما قاله المشتري او الشفيع فانه وضع المسلة في المبسوط والذخيرة في اختلاف هولا بان
قال الشفيع الثمن الف وقال المشتري الفان وقال البايع ثلاثة الاف واقاما البينة فالبينة بينة
البايع لانها تثبت الزيادة وياخذ الشفيع بما قاله البايع وقال الشافعي واحمد ياخذ بما قال المشتري
لانه مقر باستحقاق الشفيع بالالف ويزعم ان بينة البايع كاذبة ويأخذ البايع الالف الاخرى من
المشتري لان الثابت باليد كالثابت عيانا ولو اختلفوا في مقداره فان كان ما قاله البايع اكثر مما
قالا فالبايع مع المشتري يتحالفان الى اخر ما ذكر في الكتاب قوله لان فسخ البيع لا يوجب
بطلان حق الشفيع خصوصا على قول العامة فان من ضرورة الاخذ بالشفعة فسخ البيع الذي جرى بين
البايع والمشتري على ما ذكرناه من رواية الجامع الكبير فكان الفسخ مقررا حق الشفيع لا رافعا
ولان حقه ثبت بطلبه عند سماع البيع وقد وقع لازما فلا يرتفع بفسخ المتبايعين بعد ذلك لان
حق الشفيع منفصل عن حقهما قوله لانه اي البايع لما بدا بالاقرار تعلقت الشفعة به اي
بالاقرار بالبيع فبقوله اي بقول البايع قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع اي حقه الذي تعلق بالبيع
بما قال البايع من مقدار الثمن لانه لو تحقق استيفا الثمن كان البايع اجنبيا من هذا البيع فلما وقع تسليم
الدار الى المشتري واستيفا الثمن من البايع كان البايع اجنبيا فلا يسمع قول الاجنبي في مقدار الثمن
فكذا قول البايع ولو قال قبضت الثمن الى اخره يعني لما بدا بالاقرار بالاستيفا لا يصح منه بيان مقدار
الثمن بعد ذلك لانه لم يبق داخلا في هذا العقد بل صار كالاجنبي فلا يصح منه بيان مقدار الثمن كالاجنبي
بخلاف ما لو بدأ بالاقرار بالبيع فان حق الشفيع متعلق باقراره كما ذكرنا وبعد ذلك قوله قبضت الثمن
يبطل ذلك الحق كما ذكرنا اليه اشار في الذخيرة والايضاح وفي الايضاح روى الحسن عن ابي حنيفة ان
المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البايع فيرجع



فصل في ما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل شرع في بيان ما يوخذ به وهو التبع لانه ثمن والثمن تبع الى قوله **قوله** يسقط ذلك اي بعض الثمن المحطوط عن الشفيع وقال الشافعي واحمد لا يحط عن الشفيع لان ذلك هبة هبه مبتداة لا تلتحق باصل العقد كما في حط الكل واختلف اصحاب ملك فقال ابن القاسم ان كان ما حط مما جرت به العادة يلحق باصل العقد والا يحط عن الشفيع وقال اشهب يلحق الحط على الاطلاق من غير تفصيل و**قوله** وقد بيناه في البيوع اي في فصل من اشترى شيا مما نقل من قوله ان حط البعض يلحق باصل العقد ويخرج المحطوط من ان يكون ثمنا وحط الكل لا يلتحق لانه يصير العقد بلا ثمن **قوله** اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض والمراد بالعرض ما يكون من ذوات القيم كالثياب والحيوان والعبيد لا العرض من ذوات الامثال كالحنطة وغيرها وذكر في المبسوط العبد مكان العرض وبه قال عامة اهل العلم وحكي عن الحسن البصري وسوار القاضي انهما قالا لا تجب الشفعة ههنا لانها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الاخذ فلم تثبت كما لو جهل الثمن ولان القيمة بالحزر والظن وذلك يمنع من استحقاق الشفعة وفي المبسوط قال اهل المدينة ياخذها بقيمة الدار لا بقيمة العرض لان المبيع مضمون بنفسه عند تعذر ايجاب المسمى كما في البيع الفاسد وقلنا انه احد نوعي الثمن فيثبت به كالمثل ولان القيمة مثل من حيث المعنى فلم يتعذر اخذه ثم تعتبر قيمته يوم الشرا وبه قال الشافعي واحمد وحكي عن ملك انه تعتبر قيمته يوم المحاكمة وقال ابن سريج من اصحاب الشافعي تعتبر قيمته حين استقرار العقد بانقضا الخيار اذا كان فيه خيار وبه قال احمد لانه وقت الاستحقاق وقلنا وقت الاستحقاق وقت الشرا وفي المبسوط لو مات العبد قبل ان يقبضه البايع ينتقض الشرا لفوات القبض المستحق بالعقد فان العبد معقود عليه من وجه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع ان ياخذها بقيمة العبد وقال زفر لا ياخذها بالشفعة لان العقد قد انتقض من الاصل بهلاك العبد قبل التسليم وقلنا بدل الدار في الحقيقة قيمة العبد وهو قادر على اخذها بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك العبد الا انفساخ بين البايع والمشتري وذلك لا يمنع بقا حق الشفيع كما في حالة استحقاق العبد فانه يتبين به ان اصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت **قوله** واذا باع بثمن موجل اي باجل معلوم مراده بالاجل المجهول يصير البيع فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد كذا في الذخيرة وللشفيع الخيار ان شا اخذها بالثمن الحال وان شا صبر وبه قال الشافعي في الصحيح وقال ملك واحمد بالثمن الموجل وبه قال الشافعي في قول وزفر واختاره ابو حامد من اصحاب الشافعي **قوله** والاخذ بالشفعة به اي بالثمن لا بعينه العقد اذ الاجل يثبت بشرط المشتري ورضا البايع ولا شرط بين الشفيع والبايع او المبتاع اي المشتري فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وليس الرضى اي بالاجل في حق المشتري رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم اي الغنا مصدر ملؤ الرجل بالضم ملاءة والملي الغني المقتدر **قوله** ولا عبرة اي باعتبار قوله و**قوله** لما بينا من قبل اراد به قوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى اخره **قوله** وان اختاره اي الشفيع الانتظار للمشتري ولكن على الشفيع ان يطلب الشفعة في الحال عندهما خلافا لابي يوسف روي ابن سلك عنه انه كان يقول كقولهما ثم رجع وقال يأخذ عند حلول الاجل وان لم يطلبه في الحال فابو يوسف يقول الطلب غير مقصود بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه ولا فايدة في طلبه ولا اعراضه عن الاخذ وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة ثبت في الحال بدليل انه لو اخذه بثمن حال كان له ذلك فالسكوت عن الطلب يبطل شفعته

كذا في المبسوط **قوله** اذا اشترى ذمي بخمر او خنزير الى اخره اعلم ان الشفعة تجب للذمي بلا خلاف للعلما وهل تثبت للكافر على مسلم فيه خلاف قال احمد والحسن والشعبي لا شفعة له على مسلم لما روى الدارقطني باسناده عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا شفعة لنصراني وعندنا والشافعي وملك والثوري والنخعي والعنبري وشريح وعمر بن عبد العزيز الشفعة لعموم قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل للشريك ان يبيع حتى يستاذن شريكه وان باعه ولم يوذنه فهو احق به ولعموم ما جا في الشفعة ولانه خيار ثابت لدفع الضرر فيستوي فيه المسلم والكافر كالرد وحديث انس ليس على عمومه فانه يثبت له اذا كان شريكه نصرانيا بالاجماع مع انه غير مشهور ثم قيد شراه بالخمر والخنزير احترازا عما اشتراه بالميتة فالبيع باطل ولا شفعة فيه وقيد بالذمي احترازا عن المرتد فان المرتد لو كان شفيعه مرتدا لا شفعة له سوا قتل في ردته او لحق بدار الحرب ومبنى شفعته على صحة تصرفه وقد مر فيه الخلاف فكل من صحح تصرفه يقول بشفعته وكل من يقول بعدم صحته لا يقول بشفعته وبعد لحوقه بدار الحرب لا ياخذ بالشفعة وارثه لان الشفعة لا تورث عندنا واحمد خلافا للشافعي وملك اذا مات بعد الطلب اما الحربي المستامن في حق الشفعة له وعليه في دار الاسلام كالذمي لانه من المعاملات وقد التزم حكم المعاملات ثم اذا جرى التبايع بين ذميين بخمر او خنزير واخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه وان كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا الينا فعندنا نحكم بالشفعة وبه قال ابو الخطاب الحنبلي وقال الشافعي واحمد لا نحكم بالشفعة لانه بيع عقد بخمر وخنزير فصار كبيعهم بالميتة فلا نحكم بالشفعة واعتقادهم حل الخمر والخنزير لا يجعلهما مالا وفي المغني اشترى الذمي من ذمي كنيسة او بيعة فللشفيع الشفعة اذا كان من ديانتهم ان الملك لا يزول بجعله بيعة او كنيسة والحربي المستامن في حق الشفعة كالذمي لالتزام احكام المعاملات فلو اشترى الحربي دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه لان لحاقه كموته وموت المشتري لا يبطل الشفعة ولو اشترى مسلم في دار الحرب وشفيعها مسلم ثم اسلم اهل الدار لا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من احكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب كما لو زنيا ثم خرجا لا يحكم بالحد وكل حكم لا يفتقر الى القضا كصحة البيع والشرا والاستيلاد ونفاذ العتق ووجوب الصلاة والصوم يحكم في حق من اسلم في دار الحرب بثبوته **قوله** اما الخنزير فظاهر لانه من ذوات القيم ووجوب القيمة في ذوات القيم امر ظاهر ولا يقال ايجاب قيمة الخنزير كايجاب الخنزير على المسلم وذلك غير جائز وهذا لان للقيمة في ذوات القيم حكم العين ولهذا اذا مر الذمي على العاشر بالخنزير لا ياخذ العاشر من قيمة الخنزير شيا وقدر في الزكاة لان للقيمة حكم العين لانا نقول قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا ابطال حق العبد لم يعمل بهذه الشبهة بل نعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا ابطال حق الغير وفي مسالتنا تضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر وفي المبسوط طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او الى من تاب من فسقة المسلمين فلو وقع الاختلاف في ذلك فالقول للمشتري كما لو اختلف الشفيع والمشتري مقدار الثمن **قوله** بعد انقطاعه اي انقطاع الرطب عن ايدي الناس وفي المبسوط ولو اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوض والدار مقبوضة او غير مقبوضة ينتقض البيع بينهما لفوات القبض المستحق ولكن لا يبطل في حق الشفيع لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقا الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم انتقض البيع ولم يبطل حق الشفيع

فصل

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع وكان فرعا على غير المعتبر واذا ذكرها بعد المسائل المبنية على عدم التغير **قوله**

وقيمة البنا والغرس اى مقلوعين وان شا كلف المشترى قلعه ولا يضمن ما نقص بالقلع وبه قال
الثورى وحماد بن سليمان وعند الشافعى ومالك وابن ابى ليلى والشعبى والاوزاعى والبتى وسوار
واسحق والليث يضمن له ما نقص بالقلع لعموم قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام
ولانه بنى فى ملكه الذى يملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الارض مع الاضرار لان له ان لا يرضى بضرر بدا
الجار ولكن ليس له ان يضره بنقض بنايه وبه قال الشافعى اى بالتخيير وهذا قول من الشافعى و
ذكرنا قوله المذكور فى كبهم **قوله** قيمة البنا والغرس اى قايمين على الارض غير مقلوعين وبين
ان يترك كذا فى شرط الطحاوى **قوله** كالموهوب له يعنى ان الموهوب له اذا بنى ليس للواهب
ان يقلع بناه ويرجع فى الارض لانه بناه فى ملكه وكذا المشترى شرا فاسدا اذا بنى وغرس **قوله**
وكما اذا زرع المشترى يعنى الشفيع لا يكلفه قلع الزراعه بالاتفاق وهذا اى القول بعدم ايجاب القلع
ووجوب قيمة البنا والغرس والاخذ بها دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى يعنى اجتمع ههنا ضرران
احدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن على الشفيع فى الاخذ مع قيمة البنا والثانى ضرر على
المشترى وهو ضرر قلع بنايه من غير شى كما قاله ابو حنيفه ومحمد رحمهما الله ثم الضرر الذى يلزم الشفيع
فى الاخذ مع قيمة الاخذ اهون من ضرر المشترى لانه يدخل فى ملكه بمقابلة الزيادة عوض وهو البنا
والغرس وفى القول بالقلع من غير شى يبطل ملك المشترى بلا عوض فكان ضرر الشفيع اهون فكان القول
به اولى اليه اشار فى المبسوط **قوله** تعلق به اى بالمحل و **قوله** من غير تسلط من جهة من له
الحق احترازا عن بنا الموهوب له وعن بنا المشترى شرا فاسدا حيث ينقض لان بناهما بتسليط من جهة
من له الحق وههنا الشفيع ما سلطه على البنا وهذا لان حقه اى حق الشفيع اقوى من حق المشترى لتقدمه
اى لتقدم حق الشفيع على حق المشترى ولهذا ينقض بيعه وهبته وتسليمه واجارته وجعله مسجدا او مقبرة
وجعل ذلك كالتصرف فى ملك الشفيع فى حق النقض فكذا تصرفه بنا وغرسا لانه تصرف ما للشفيع من
حيث انه يلزمه زيادة فى الثمن ولم يرض به **قوله** عند ابى حنيفه قد يصل ان عندهما يسترد بعد
البنا فى البيع الفاسد كالشفيع ومسئلة استرداد البايع فى الفاسد بعد البنا من المسايل التى خطا فيها
ابو يوسف محمدا فى حفظ الرواية وقد مر فى البيع الفاسد ولان حق الاسترداد فيهما اى فى الهبة
والبيع الفاسد ضعيف وهذا الحق اى حق الشفيع يبقى اى بعد البنا وهذا الحق قوى يبقى بعده
فلا معنى لايجاب القيمة كما فى الاستحقاق وهذا جواب عن قول ابى يوسف ان الشفيع ياخذها
بالثمن وقيمة البنا فقال لا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لتاكد حقه كما لا يجب على المستحق قيمة
بنا المشترى بقيمة البنا على البايع لانه مغرور من جهته فكذا ههنا لا يرجع على الشفيع لانه غير مغرور
من جهته واما الجواب عن قوله فى ايجاب القيمة دفع اعلى الضررين بالادنى فلان الترجيح بعد
المساواة فى اصل الحق ولا مساواة ههنا لتقدم حق الشفيع وربما لا يوافقه لو احرز فيحتاج الى
قلعه فيلزمه ضرر زايد كذا فى المبسوط **فان قيل** لو صبغ الشفيع المشفوعة ثم اخذها
الشفيع ان شا اعطاه ما زاد فيها وان شا ترك والمسئله فى العيون فما الفرق بين البنا والصبغ **قلنا**
قيل هو ايضا على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرق محمد وقال البنا اذا انقض لا يلحق المشترى
كبير ضرر لانه يسلم له النقض ولا كذلك اذا نقض الصبغ اليه اشار فى الذخيره **قوله** ويبقى بالاجر
بالاتفاق كما فى الاجاره وبه قال بعض اصحاب الشافعى وعن ابى يوسف انه يبقى بلا اجر لان المشترى
مالك الارض وايجاب الاجر على المالك غير مستقيم وبه قال احمد وبعض الشافعيه ولنا فى
ايجاب اجر المثل رعاية للحقين كما فى الاجاره لانه مجبور عليه يعنى التزم البايع سلامة المبيع عن الاستحقاق

فضار المشترى مغرورا من جهته ولا غرور فى حق الشفيع لانه يملك على صاحب اليد جبرا بغير اختيار
فيه فلا يرجع ولان البايع سلط المشترى بايجاب البيع على البنا والماخوذ منه الشفعه لم يسلط الشفيع
على البنا بل هو يجبر على التسليم الى الشفيع فلا يرجع بقيمته عليه كجاريه اسرها الكفار واحرزوها
بدار ثم اخذها المسلمون فوقعت فى سهم غاز احدها المالك القديم بالقيمه واستولدها فجا
مستحق واقام بينه انها امته دبرها قبل الاسر ردت عليه لانها لا تملك بالاحراز ويضمن المالك
القديم العقر وقيمة الولد ويرجع على الغازى بقيمتها التى دفع اليها لانه دفعها اليه لتسليم
الجارية ولم يسلم ولا يرجع عليه بقيمة الولد والعقر لان الماخوذ منه مجبر على الدفع فلا يصير غارا
وكذا لو قسمت بين اثنين فبنى احدهما ثم استحقت حصته لا يرجع عليه بقيمة البنا لان كل واحد منهما
مجبر على القسمة بخلاف الدار فانهما لو اقتسماها وبنى احدهما فى دار نصيبه ثم استحقت فانه يرجع
على شريكه بنصف قيمة البنا لانه بمنزلة البيع كذا فى الايضاح والمبسوط **قوله** فلا يقابلهما اى
اى البنا والغرس وفى بعض النسخ فلا يقابله اى كل واحد من البنا والغرس لانه تابع او التابع وبه قال
الشافعى فى قول واحمد فى رواية وهو رواية المزنى عنه وهو الاصح وقال الشافعى واحمد والعنبرى
والثورى ياخذه بالحصة وهو رواية البويطى والزعفرانى والربيع عنه واصله ان الثمن بمقابلة الاصل
دون الاوصاف عندنا وعنده فى قول يقابلها شى من الثمن وقد مر فى البيوع وهذا لان قوام البنا
بالارض كقوام الوصف بالموصوف ولهذا كان له ان يبيعه مرابحة بكل الثمن عندنا وعنده يمنع من
ذلك **قوله** بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقى بالحصة للاختلاف والتقييد
بالنصف لا لاخراج غيره لان الحكم فى الثلث وغيره كذا ذكره فى المبسوط الا ان المصنف اتبع وضع المبسوط
قوله فللشفيع ان ياخذ الارض بحصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة البنا وعلى قيمة الارض
وليس للشفيع ان ياخذ النقض اى المنقوض لانه منقول وانما ياخذه قبل النقض بعلة التبعيه وقد
زالت التبعيه ولم يذكر فى الكتاب حكم ما اذا هدمه اجنبى وفى المبسوط سوا لكن يسلم قيمة البنا
للمشترى لان سلامة بدل البنا للمشترى بمنزلة سلامة البنا كما هدمه بنفسه واخذ النقض والنقض بضم
النون وكسرها وعن الثورى بالكسر لا غير وفى القاموس لا ياخذه وبه قال احمد والشافعى فهو للمشترى
يبقى الى الجداد كالزرع وكذا الثمر المحدثه فى يد المشترى كان له ويبقى الى الجداد كالزرع عندهما وهو
ملك كقولنا **قوله** وما كان مركبا فيه اى فى المشفوع كالابواب والسرر المركبه **قوله** فى
ولد المبيع يعنى اذا ولدت المبيعه قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع اليه فيكون ملك المشترى كامه
قوله قال فى الكتاب اى القدورى فان جده المشترى سقط عن الشفيع حصته وهذا جواب
الفصل الاول وهو ما اذا ابتاع ارضا على نخلها ثمر والفصل الثانى اذا ابتاعها وليس فى النخيل
ثمر فاثمر ياخذه بجميع الثمن فاسرى الثمر الى اخره وهذا جواب ظاهر الرواية وعن ابى يوسف فى
قوله الاول ياخذها بحصتها من الثمن فى الفصل الثانى لان حال المشترى مع الشفيع كحاله مع البايع
ولهذا يتناول الثمار الحادثه حتى لا يبيعها مرابحه بلا بيان كالثمار الموجودة فكذا فى حق الشفيع
وجه ظاهر الروايه وهو الذى رجع اليه ابو يوسف انه لا حصة له من الثمن لانه لم يرد عليه
العقد ولا القبض الذى له شبهة العقد فقواتها لا يوجب سقوط شى من الثمن اما لو كانت موجودة
فى يد المشترى كان يضمه الى الاصل وبيع الكل مرابحه فاذا اساول ذلك لا يبيعها مرابحة بلا بيان الا
ان يكون انفق عليه مثل ما اكل اما الثمار الموجودة وقت العقد اذا اخذها المشترى فلها حصة من الثمن
ولا حق للشفيع فيها بعد الجداد ويطرح حصتها من الثمن عن الشفيع كذا فى المبسوط وفى الايضاح ولو

اثرت في يد البايع بعد البيع قبل القبض فاتلفه البايع يرفع حصته لان ما حدث قبل القبض له حصة
من الثمن على اعتبار صيرورته مقصودا بالقبض او بالاتلاف وعند الشافعي واحمد يرفع حصته
الثمن في جميع الصور

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة بعد ذكر نفس الشفعة مجملا اذ التفصيل يحتاج الى سبق ذكر الاجمال العقار
كل ما له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا ينقسم ثم عند الشافعي ومالك واحمد في رواية لا شفعة
فيما لا ينقسم كالحمام والرحى والنهر والبير والطريق وعندنا والثوري ومالك في رواية واحمد
في رواية وابن شريح من اصحاب الشافعي تجب ولو كان البير واسعة يمكن ان يبنى فيها ويجعل
بيرين والحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين او يمكن جعل كل بيت مسكنا او الطاحونة كبيرة بجعل
طاحونتين لكل واحد حجران تجب الشفعة فيها عند الشافعي على الاصح وبه قال احمد وان لم يكن
كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الاصح كذا في شرح الوجيز للشافعي
قوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة في فنا ولا طريق ولا منقبة والمنقبة الطريق الضيق رواه
ابو الخطاب وعن عثمان انه قال لا شفعة في بير ولا نخل ولان الشفعة تدفع ضرر مونة القسمة وفيما
لم ينقسم لا يتحقق هذا المعنى ولان الشرع ورد بالشفعة في العقار والبير غير العقار ولا يمكن التعدية
من محل الوفاق من غير حسن هذا الضرر فلا يمكن التعدية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل
شي الحديث رواه ابو جابر الرحى الدار والرحا اي بيت الرحا من الرحا والحايط البستان ولان
الحمام لو كان مهدوما فباع احدهما نصيبه تجب الشفعة فكذا اذا كان غير مهدوم كالسقف من
الدار ثم الشفعة في الرحا والحمام ما كان متصلا بهما كالبنا ولا ياخذ القصاع لانها غير متصلة كذا في
المبسوط وقدر الحمام يدخل فيه بلا ذكر الحقوق فياخذ الشفيع وحديث ابي الخطاب غير معروف
وحديث عثمان يمكن ان يكون مذهبه انه يجب وقد بينا ان الشفعة لدفع ضرر سوء الجوار وهذا يشمل
الكل **قوله** وهو اي هذا الحديث حجة على مالك فانه قال في رواية ان الشفعة تثبت في السفن
من المنقولات فقط وقال في رواية تثبت الشفعة في جميع المنقولات كالحيوان والثياب والسفن ونحوها
وعن احمد في رواية تجب الشفعة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى ذلك وعنه
في رواية اخرى انها تثبت في البنا والغراس وان بيع منفردا وهو قول مالك لعموم قوله صلى الله
عليه وسلم الشفعة في كل شي **قوله** عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لا ينقسم ولان الشفعة
وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة ولنا الحديث المذكور في المتن ولان الشفعة الى اخره
قوله حسب بسكون السين وفتحها المقدار يعني الملك في المنقول لا يدوم كما يدوم في العقار لا
لا يشترى عادة للبيع بل لمصلحة المعاش بخلاف المنقول فلا يلحق بالعقار **قوله** ولكن يقلنا اي البنا
والنخل والشفعة في الاراضي التي يملك رقابها حتى لو باع الامام الاراضي التي حازها لبيت المال
ودفع الى الناس مزارعة فصار لهم فيها بنا واشجار فلو بيعت هذه الاراضي فبيعها باطل وبيع البنا والشجر
يجوز ولكن لا شفعة فيها وكذا لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا ياخذها المتولي
وكذا اذا كانت هذه الدار وقفا على رجل فلا يكون للموقوف عليه الشفعة بسبب هذه الدار كذا في
الذخيرة والمغني ولا يلزم على هذا استحقاق العبد الماذون والمكاتب الشفعة ولا ملك لهما في رقبة الارض
لان استحقاقهما التصرف بالبيع والشرا قام مقام ملك الرقبة كما قال ابو حنيفة رحمه الله بالشفعة
للمشتري الذي له الخيار اذا بيعت دار بجنب تلك الدار المشتراة مع انه لا يقول له بالملك وعند
الايمة الثلاثة لا شفعة بشركة الوقف وان كان الموقوف عليه معينا وفي المشتري الذي له الخيار تثبت

له الشفعة

له الشفعة كما يجي **قوله** بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة اي يوخذ بالشفعة لو بيع العلو فكان لذلك
العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق اولى من صاحب الدار التي عليها العلو
لما ان الشريك في الطريق مقدم على الجار ولو سلم صاحب الطريق وللعلو جار ملازق اخذها بالشفعة
مع صاحب السفل لاستوايهما في الجوار ويستحق به اي بالعلو الشفعة في السفل بالجوار وليس بشريك
اذا لم يكن طريق العلو في السفل كذا في الايضاح **قوله** اذا لم يكن طريقه فيه اي في السفل
لبيان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة لا لنفي الشفعة اذا كان له طريق في
السفل ياخذ الشفعة بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار ويكون مقدما على الجار الملازق كذا
في الايضاح ولم يكن نظير البنا والنخل **قوله** والمسلم والذمي في الشفعة سوا وبه قال مالك
والشافعي واكثر اهل العلم وقال احمد وابن ابي ليلى والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز لا شفعة لكافر
على مسلم لما روى الدارقطني باسناده عن انس انه صلى الله عليه وسلم قال لا شفعة لنصراني ولان
الشفعة لدفع الضرر ولا يجوز دفع ضرر الكافر بالحاق الضرر على المسلم ولان هذا ارفق شرعي فلا يستحقه
منكر الشريعة ولنا عمومات الاحاديث ولا تعارض لعموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا
لان المراد نفي السبيل حكما لا حقيقة ونفي السبيل بالاسترقاق مراد بالاجماع فلا يراد غيره لان المقتضى
لا عموم له كذا قيل وفيه نوع تامل ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشرا فيستوي فيه المسلم والكافر
كخيار العيب لان الذمي التزم احكامنا في المعاملات وكان الضرر مدفوعا عنه وقد قضى شريح بالشفعة
للذمي فامضاه عمر واما حديث الدارقطني فغريب وما ثبت صحته **قوله** والصغير والكبير وفي
المبسوط قال ابن ابي ليلى لا شفعة للصغير يروى هذا عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه
الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو
لا يملك الاخذ ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستاجر وللعامة العمومات ولان
سبب الاستحقاق الشركة والجوار يستوي فيه الصغير والكبير والصغير يحتاج الى الاخذ لدفع الضرر
في ثاني الحال وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال والولي يملك الاخذ كالرد بالعيب نظرا له وانما
لا يملك العفو لان فيه اسقاط حقه وفيه ضرر له وفي المبسوط يثبت حق الشفعة للحمل الذي لم يولد
لان الحمل من اهل الملك بالارث فيتحقق سبب الاستحقاق في حقه حتى لو وضعت الحبلى حملها وقد
ثبت نسبه شارك الورثة في الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لاكثر من ستة اشهر لانا لما حكمنا بثبوت
نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فصار كما لو كان احد الشركاء
غايبا ثم حضر له ان يشاركهم في الشفعة ويأخذ حصته وكذا لو كان من اهل البدع له الشفعة عند
عامة العلما كالفاسق بالاعمال وعن احمد لا شفعة لغلاة الروافض الذين يحكم بكفرهم لانه لا شفعة
لكافر على مسلم **قوله** اذا كان ماذونا يستحق الشفعة العبد الماذون اذا كان بايع الدار
غير المولى بلا خلاف واذا كان البايع مولى العبد ياخذ بالشفعة اذا كان عليه دين ذكره في المبسوط
وقياس قول الايمة الثلاثة لا ياخذ كما لو لم يكن عليه دين **قوله** واذا ملك العقار بعوض قيد
به لانه اذا ملك العقار بالهبة والصدقة والوصية والارث لا شفعة له عند عامة اهل العلم وهم
مالك والشافعي واحمد وحكي عن مالك رواية في المنتقل بصدقة او هبة فيه الشفعة وبه قال ابن ابي
ليلى وياخذه الشفيع بقيمته لان الشفعة لدفع ضرر الشريك او الجار وهذا موجود في التمليك كيف
ما كان ولا الاقدام على الشرا دليل وبذل البدل له ايضا دليل فاسراعه منه اعظم ضررا من اخذ ممن
لم يوخذ منه دليل الحاجة وهو الموهوب وللعامة انه انتقل بغير عوض فاشبه الميراث ولان النص

ورد في البيع والهبة ليست في معناه فلا يلحق به وعند الشافعي تجب فيها اي في هذه الصور الشفعة
وبقوله قال مالك واحمد في رواية ابن حامد عنه وابن شبرمة وابن ابي ليلى والحارث العكلي ثم اختلفوا
بم ياخذ قال مالك وابن شبرمة وابن ابي ليلى ياخذ بقيمة الشقص لانا لو اوجبنا عليه مهر المثل لقومنا
البضع على الاجانب وقال الشافعي وابو حامد والعكلي ياخذ بالمهر في التزوج والخلع والمتعة فان
صالح على منفعتها لان البدل مما لا مثل له فياخذ بقيمة البدل وهي المهر وبقولنا قال احمد ظاهرا
والحسن والشعبي وابو ثور وابن المنذر **قوله** لان هذه الاعواض متقومة كالاعيان فاذا
فاذا جعلها عوضا عن البضع او نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فياخذ بقيمته وهو مهر
المثل كما لو اشترى بعبد **قوله** ويضاهيه كبدل الخلع والاجرة وبدل الصلح وبدل العتق
وقلنا المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لان قيمة الشيء ما يقوم
مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهو المالية وهذا المعنى لا يتحقق بين المستحق بالنكاح وبين المال
غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطر المحل وصونا لهذا العقد عن التشبه
بالاباحة على ما قرر في الاصول فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان
الضرورة فلا يظهر التقوم في حق الشفيع غيره وكذا الدم والعتق غير متقوم لان قيمة الشيء ما
يقوم مقامه في المعنى الخاص المطلوب وهو معدوم فيهما وانما وجبت الدية صيانة للدم عن
الهدر والاعتاق ازالة المالية واسقاطها فانى يقوم المال مقامه **قوله** في كونه اي في كون
المفروض بعد العقد مقابلا بالبضع وفي النهاية والاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره في المبسوط
وهو ان الشفعة تختص بمعاوضة مال بمال مطلق والبضع ليس بمال فكان المملوك صداقا بمنزلة
الموهوب فلا تجب فيه الشفعة وهذا لان الشفيع انما يتملك بمثل السبب الذي يملك به المشتري
فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب اخر ولهذا لا
تجب الشفعة في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا اخر غير السبب الذي يملك به المتملك
فكذلك ههنا المراة ملكتها صداقا ولو اخذها الشفيع كان شراء فكان سببا اخر وانما قلنا هذا
لان الصفقة المضافة الى المشتري تنتقل الى الشفيع عند الاخذ كما ذكرنا وقيل هذا في الحقيقة
ما ذكره في الكتاب **قوله** وقالا تجب في حصة الالف اي يقسم الدار على مهر مثلها والف
درهم فما اصاب الالف تجب فيه الشفعة وبه قال احمد اعتبارا للبعض بالكل وهو اي ابو حنيفة
يقول البيع تبع للنكاح ههنا لان العقد حصل بلفظ النكاح ولو كان هذا اصلا لكان نكاحا في بيع
فيفسد البيع ولما جاز علمت انه تبع ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع **قوله** لكونه اي الربح تابعا
لراس المال وليس في مقابلته راس المال شفعة لان المضارب وكيل رب المال في البيع وكل من
بيع له لا تجب الشفعة له فكذا لا تجب في البيع وفي الايضاح والمغني فلو باع المضارب دارا من
المضاربة ورب المال شفيعها لا شفعة له سواء كان في الدار ربح او لا وهذا الخلاف قالوا اشترى
المضارب دارا ورب المال شفيعها حيث ياخذها رب المال وان وقع الشراء له ولكن في الحكم كانه
مال ثالث الا ترى انه لا يقدر ان ينزعه من يده فيكون ان ياخذه وذكر محمد في المسئلة الاولى وليس اذا
اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته الا ترى
ان رجلا رهن دارا وسلط العدل على بيعها عند حلول الاجل لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع ولو باعها
العدل والراهن شفيعها لا شفعة للراهن لان العدل وكيله مع ان الراهن لا يملك نهيه عن البيع
قوله فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة ولا خلاف للائمة الثلاثة فيها **قوله** والصحيح ان

يصالح عنها مكان يصالح عليها لانه عطف في المختصر **قوله** او يصالح بانكار على الصور التي لا
شفعة فيها وهي التزوج والخلع والصلح والعتق فيقتضي ان لا شفعة فيها وليس كذلك لان الصلح
اذا وقع على الدار تثبت الشفعة كما ذكر في المتن ولو وقع في الصلح عنها لا تثبت لانه ذكر في الذخيرة
وغيرها لو صالح على دار تثبت الشفعة سواء كان الصلح على انكار او سكوت او اقرار ولو صالح عن دعوى
دار وصالح عن اقرار تثبت ولو كان عن انكار او سكوت لا تثبت وعلل كما ذكر في المتن **قوله** في
جميع ذلك اي في الاحوال الثلاث لانه اي المدعي ياخذها اي الدار عوضا عن حقه في زعمه اي في
زعم المدعي اذا لم يكن اي العوض من جنس حقه قيد به لانه اذا كان من جنس حقه بان صالح على بيت
من دار فانه اخذ عين حقه فلا يكون معاوضة وقد مر في الصلح فلا تجب الشفعة **قوله** ولا شفعة
في هبة وبه قال الشافعي واحمد خلافا لمالك وقد بينا خلافه **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف
الهبة الى اخره **قوله** ولا بد من القبض في العوضين وعند زفر تجب الشفعة في الهبة بشرط العوض قبل
التقابض وبه قال الشافعي واحمد ومالك لان هذا بيع وثبت فيه احكام البيع وذكر العوض صرف
اللفظ عن مقتضاه **قوله** وقد قررناه في كتاب الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء اذا اتصل
القبض من الجانبين ثبتت الشفعة فيهما بخلاف ما اذا عوضه بلا شرط حيث لا تثبت الشفعة في العوضين لان
كل واحد هبة والهبة الثانية اثرت في ابطال حق الرجوع لا ان يكون عوضا عن الموهوب كذا في الاوضح
والايضاح **قوله** وان سقط الخيار وجبت الشفعة ولا خلاف فيه **قوله** في الصحيح احتراز عن قول
بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار
لان السبب انما يصير مفيدا لزوال ملكه عند سقوط الخيار والشفعة مبنية على زوال ملك البايع **قوله**
لانه اي شرط خيار المشتري لا يمنع زوال ملك البايع الى اخره وبه قال احمد في وجه والشافعي في قول وهو
رواية المزني وفي شرح الوجيز وهذا هو الاصح عند عامة الاصحاب وقال احمد في ظاهر مذهبه والشا
في قول لا تثبت الشفعة الا بعد سقوط خيار المشتري كما في خيار البايع وهو رواية عن ابي حنيفة لان العقد
بعرضية الفسخ وهو قول مالك وفي الحلية واختاره ابو اسحق المروزي من اصحابنا وهو رواية الربيع
قوله والشفعة تبتني عليه اي على زوال الملك يعني اذا كان الخيار للمشتري ملك المبيع عند ابي يوسف
ومحمد وهو ظاهر وعند ابي حنيفة تبتني الشفعة على زوال ملك البايع و**قوله** على ما مر اشارة الى
قوله في اول باب الشفعة والشفعة تجب بالعقد الى قوله والوجه فيه انما تجب الشفعة اذا رغب
البايع عن ملك الدار الى اخره **قوله** واذا اخذها في الثلاث اي اذا اخذ الشفيع الشفعة في
مدة الخيار التي هي ثلاث وقيد بالثلاث لتكون على الاتفاق **قوله** وجب البيع اي تحقق وتقرر وتمت
البيع الذي بين البايع والمشتري وانما ذكر هذا لان المشتري بخيار الشرط لو رد البيع بحكم الخيار قبل الاخذ
بالشفعة لم يتم البيع وينفسخ من الاصل بحيث لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة لان هذا ليس باقالة
بل انفساخ من الاصل وكان السبب منعدما في حقه من الاصل اليه اشار في المبسوط **قوله** ولا
خيار للشفيع اي لا يثبت الخيار الذي كان للمشتري للشفيع وان كان فيه انتقال اضافة الصفقة من المشتري
الى الشفيع لما ان الخيار ثبت بالشرط كاسمه والشرط كان للمشتري لا للشفيع وانما الانتقال في نفس البيع
لا بشرطيه **قوله** والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين فانه اي فلمن له الخيار الاخذ بالشفعة **قوله**
بيعا بملكه اي ملك البايع فيها اذ خياره يمنع خروج ملكه فاذا اخذ بالشفعة فهذا نقض منه للبيع اذ
لو لم يجعل نقضا فاذا اجاز البيع بعد ذلك ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق زوائدها فتبين
انه اخذ الشفعة بغير حق كذا في المبسوط **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في البيوع وقد كان البلخي يدعي

المناقضه على ابي حنيفه حيث قال اذا كان الخيار للمشتري لا يملك المبيع وههنا يقول باخذ الشفعة
وهو مستلزم للملك فقال في المبسوط عذره ان المشتري احق بها مع جواره فيكفي ذلك للشفعة
كالماذون والمكاتب وفي النهايه هذه الحواله غير رايجه في حق الاشكال لانه غير جواب الاشكال
لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها الى اخره قبل ذكر
الاشكال بطريق الحصر بقوله وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفه خاصه فيكون الحواله
رايجه وقبل ذكر البيوع هذا الكتاب فيمكن ان يكون ذكره سوع كفايه المنتهى **قوله** لانعدام
ملكه اى ملك الشفيع الذي حضر في الدار الاولى حين بيعت الثانيه لانه انما تملكها الان فلا
يصير بها جارا للدار او شريكا من وقت العقد وفي المبسوط الا ان يكون له دار اخرى بجنبها
قوله فلا شفعة فيها اى في الدار المشتراه شرا فاسدا ولا خلاف فيه للفقها وفي الذخيره هذا
اذا وقع البيع فاسدا في الابتدا اما اذا وقع صحيحا ثم فسد بقي حق الشفعه كما لو اشترى النصراني
دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فان البيع يفسد وللشفيع
ان ياخذها بالشفعة **قوله** في الفاسد ممنوع عنه اى عن التصرف ولا خلاف فيه للفقها **فان
قيل** لم لا يجعل في الاخذ بالشفعة اسقاط الفساد في حق الشفيع كما اسقط الخيار الخيار
الثابت للمشتري في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار على ما مر ولو فعلنا كذلك لا يلزم
تقرير الفساد **قلنا** يلزم فساد اخر وهو جعل البيع بلا ثمن اذا كان الفساد لمعنى راجع الى العوض
كجعل الخمر ثمنا اما الخيار لمعنى خارج من العوضين فانه للتامل والتروي فباسقاطه لا يلزم ذلك
ولهذا لا يجب للشفيع بعد الاخذ **قوله** فان سقط الفسخ ان كما سقط حق الفسخ للبايع في البيع
الفاسد بالزيادة في المبيع كالبنا والغرس عند ابي حنيفة وبالبيع من اخر بالاتفاق وجبت الشفعه
اى ثبتت لزوال المانع وهو حق الفسخ للبايع كما لو كان في البيع خيار البايع فسقط الخيار ثم للشفيع ان
ياخذها بالبيع الثاني بالثمن المذكور وان شا نقض البيع الثاني وياخذه بالبيع الاول بقيمتها لانه اجتمع
سببان فله ان ياخذ بايهما شا فان اخذ في البيع الثاني اخذ بالثمن لان البيع الثاني صحيح فيملكها بالثمن
وان اخذ بالاول اخذها بالقيمة لان المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة **فان قيل** اذا نقض
البيع الثاني يجب ان يعود حق الفسخ في الاسترداد وحينئذ لا تثبت الشفعه **قلنا** انتقاض البيع
الثاني مع صحته بحق الشفيع مقتضى للتملك بالشفعة فلا يجوز ان يكون مبطلا حق الشفيع لئلا
يعود على موضوعه بالنقض وبالبنا والغرس يقطع حق الفسخ للبايع عند ابي حنيفه خلافا لهما
وقد مر في البيوع ثم اذا اخذها الشفيع بعد البنا والغرس عنده للشفيع ان ياخذ المشتري بهدم
البنا كما له في البيع الصحيح ولا يلزم ان بعد هدم البنا يظهر حق البيع في الفسخ فلا شفعة لانه
لما يظهر حقه اذا لم يتعلق به حق الغير وقد تعلق به حق الغير فصار كالبيع الصحيح وان اتخذها
المشتري مسجدا فعلى هذا الخلاف وقيل يقطع بحقه اجماعا **قوله** وهي اى الدار المسماه شرا
فاسدا في يد البايع فله اى للبايع الشفعه لانه لم يخرج عن ملكه بالبيع الفاسد **قوله** لان الملك
له اى للمشتري ولا يقال في هذا تقرير الفساد في حق المشتري حيث اخذ المبيعة بالشفعة بالشرا
الفاسد وقد ثبت قبل هذا وفيه اى في اثبات الشفعة تقرير الفساد لانا نقول لا يلزم تقرير الفساد
لان المشتري متمكن من الفسخ فيما اشتراه فاسدا بعد اخذ المبيعة بالشفعة المبيعة بجنبها ولا فساد
في التي اخذها بالشفعة اما لو قلنا بثبوت الشفعة في المبيعة فاسدا يتحول الى الشفيع من المشتري
بوصف الفساد على ما ذكرنا وكان فيه تقرير الفساد **فان قيل** ينبغي ان يمنع حق استرداد

البايع في الفاسد للمشتري من الاخذ بالشفعة في المبيعه بجنبها كما منع في المشتراه شرا فاسدا وان ملكها
المشتري **قلنا** سبب وجوب الشفعه اما شركه او جوار وقد وجد هذا في حق المشتري بالشرا
الفاسد بعد قبضها فتثبت الشفعة وتعلق حق الغير بمعنى لا يمنع وجوب الشفعة للمالك كقيام
حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها كذا في المبسوط
مع انا بينا ان في البيع الفاسد في ثبوت الشفعه تقرير الفساد **قوله** ثم ان اسلم اى المبيعة
بيعا فاسدا قبل الحكم بالشفعه للبايع في المبيعة بجنبها بطلت شفعته اى شفعة البايع كما لو
باعها بخلاف ما اذا اسلم بعده اى بعد الحكم بالشفعة له وان استردها اى البايع المبيعة
بيعا فاسدا بعد الثانيه اى الدار الماخوذه بالشفعة لما بينا وهو انتقال ملكه في التي يشفع
بها بعد الحكم ليس بشرط **قوله** وان ردها بعيب بغير قضا قاض او بتقايل فللشفيع الشفعه
وبه قال مالك واحمد في روايه في المقايله وقال الشافعي كل فسخ حصل باي سبب كان لم يكن
للشفيع اخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد وبه قال احمد في المشهور منه وزفر **قوله**
ومراده اى مراد القدوري من قوله ثم ردها المشتري بعيب بقضا قاض الرد بعد القبض لان
الرد قبل القبض فسخ وان كان بغير قضا على ما عرف اى في البيوع **قوله** وفي الجامع وانما ذكر
لفظ الجامع وان كان تكرارا لانه يحتاج الى التفسير كما ترى فلا بد من ذكر لفظه لئلا يحتاج الى ذكر
اللفظين ومعناهما واحد **قوله** لانها اى خيار الرويه وخيار الشرط وذكر الامام قاضي خان
خيار الرويه يثبت في القسمة الا ان يكون التركه مكيلا او موزونا فاقتسموها فانه لا يثبت خيار
الرويه في هذه القسمه لان القسمه لو ردت بخيار الرويه يحتاج الى القسمة ثانيا فيقع في نصيبه
عين ما وقع في المره الاولى او مثله فلا يفيد خيار الرويه اما لو كانت التركة عقارا او شيا من ذوات
القيم فيفيد الخيار لانه ربما يقع في المرة الثانيه في نصيبه ما يوافقه فيفيد وفي الكافي وصحح شمس الايمة
السرخسي الروايه بالنصب ايضا وقال لا يثبت خيار الرويه في القسمه سوا كانت بعضا او برضا وبه
اخذ بعض المشايخ

باب ما يبطل به الشفعة

اخر هذا الباب لان الابطال بعد الثبوت صوره او حقيقة في الذخيره ثبوته بعد البيع وبعد
ذلك بالتاخير يسقطه والاسقاط يعتمد الثبوت ثم الشفعه بترك الطلبين طلب المواثبه وطلب التقرير
وقد بينا الخلاف فيه **قوله** اذا ترك الاشهاد الى اخره **فان قيل** قد ذكر قبل هذا ان
طلب الاشهاد ليس بلازم وقد ذكر في الذخيره ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد
عند هذا الطلب في الكتب احتياطا لتمكن اثباته عند انكار المشتري فما وجه التوفيق بينهما **قلنا**
يحتمل ان يراد بالاشهاد نفس طلب المواثبة لان طلب المواثبه لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي يسمي
الطلب اشهادا بدليل ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبه مثل ما ذكر من التعليل ههنا كذا
قيل و**قوله** فيما تقدم اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعه **قوله** وان صالح على عوض
بطلت شفعته ولا خلاف للايمه الثلاثه **قوله** ورد العوض وبه قال الشافعي واحمد وقال
مالك لا يرد العوض لانه ازاله ملك فجاز اخذ العوض عنه كتمليك امراة امرها وكالصلح
عن القصاص وقلنا حق الشفعه ليس بحق متقرر ولا ملك بل هو مجرد حق التملك في المحل فلا يصح الاعتيا ض
عنه كخيار الشرط فيكون رشوة ولان حق الشفعة ثبت بخلاف القياس لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته في حق
الاعتياض **قوله** ويتعلق اسقاطه اى اسقاطه حق الشفعة بالجائز من الشروط فبالفاسد وهو شرط
المال اولى بيانه انه لو قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت

تسقط شفعته وان لم يسقط المشتري شفعته فيما اشترى الشفيع فعلم ان اسقاط الشفعه لا تتعلق بالشرط
الجايز اد المعنى به ان يكون ملايما بالاسقاط واسقاط الشفعه بالعوض المالي شرط فاسد لانه غير ملايم
لانه اعتياض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوه واذا لم يتعلق بالشرط وصح الاسقاط وفي جامع
قاضيخان الشرط الملايم شرط ليس فيه ذكر المال كما لو قال سلمت شفعتك على ان تعتنيها او وليتنيها
او اخرتنيها او دفعتنيها مزارعه او معاملة وكذا باع شفعته من البايع او المشتري بمال سقط
الشفعة بالاتفاق ولا يلزمه المال و **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله ان حق الشفعه مجرد حق التمليك
فلا يصح الاعتياض عنه وفي المبسوط صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة اوجه منها ما صالحه على اخذ
نصف الدار بنصف الثمن ومنها ما صالحه على اخذ بيت من الدار بعينه بحصته من الثمن وفي هذين
الوجهين الصلح باطل وله ان ياخذ جميع الدار بعد ذلك لان مجرد الحق فلا يصح الاعتياض عنه لان حصته
مجهول ولم يوجد منه اعراض عن الاخذ بالشفعه فلم يصح تسليمه ايضا وفي الوجه الثالث وهو ما
اذا صالحه على مال فقد وجد الاعراض عن الشفعه فيصح تسليمه ولم يصح صلحه لما ذكرنا انه مجرد حق
التملك فيرد العوض وهكذا ذكر في المغني وفي المحيط لو طلب نصفها بالشفعه بطلت شفعته
في الكل عند محمد وبه قال احمد وبعض اصحاب الشافعي وقال ابو يوسف فيها لا يكون مسلما في
الكل وبه قال بعض اصحاب الشافعي وهو الاصح وفي المبسوط لا يصح بيع حق الشفعة لان البيع
تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج
زوجته من نفسها وفي الجامع الكبير لشمس الايمه ولا فرق في اسقاط الشفعه بين قوله سلمت الشفعة
وبين قوله للبايع سلمت لك بيع هذه الدار و **قوله** للمشتري سلمت لك شرا هذه الدار لان
معنى هذا الكلام لا اعتراض لك على مقصودك في هذا العقد وذلك لا يكون الا بتسليم الشفعه
ودليل التسليم كصريحه واما لو قال لاجنبي سلمت لك شرا هذه الدار لم يكن تسليما للشفعة لان
الاجنبي غير مشتر ولا كان له مقصود في هذا العقد و **قوله** سلمت لك شراها تمليكا منه
وحق الشفعه لا يحتمل التمليك **قوله** بخلاف القصاص لانه حق متقرر في المحل فان نفس القاتل
كانت مباحه في حق من له القصاص ولهذا يتمكن من استيفايه بلا قضا ولا رضا وبالصلح يحدث
له العصمة في دمه فيجوز العوض بمقابلته وبخلاف الطلاق لان ملك النكاح متقرر في المحل
واله لان ملك العبد متقرر في المحل فيجوز الاعتياض عنه والكفالة بالنفس في هذا اي في اسقاطها
بعوض بمنزلة الشفعه في رواية الكفالة حتى يبرا الكفيل ولا يجب المال ويرد ان اخذه وهو الاصح
وفي الاخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال لان الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فشابه الحق في
المال من هذا الوجه فاذا لم يرض ببطلانه مجانا لم يبطل كذا في الايضاح وقيل هذه روايه في الشفعة
حتى لا يصح الاعتياض ويبطل الشفعة وقيل في الكفالة خاصة والفرق ان الشفعه تبطل بالاعراض
بخلاف الكفالة **قوله** اذا مات بعد البيع وبعد الطلبين قبل الاخذ بالقضا او تسليم المشتري
هكذا ذكر في شرح الطحاوي وقال الشافعي يورث وبه قال ملك واحمد الا ان احمد يقول اذا مات
قبل الطلبين لا يورث وبقولنا قال الحسن والشعبي والنخعي والثوري وابن سيرين للشافعي ان هذا
حق معتبر في الشرع فيورث عنه كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا ان مجرد حق التملك وهو ولاية
التملك ولا يبقى بعد موت صاحب الولاية فكيف يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص
صار كالمملوك لمن له القصاص حتى صح الاعتياض عنه فبقي بعد الموت كالعين المملوك اما الدار
فلم يصر ملكا للشفيع ولهذا لا يصح الاعتياض عنه ولا يملكها الا بتمليك القاضي او احد العاقدين وكذا

حق الرد بالعيب لانه يطلب جزءا فايتا من المبيع وقد مر في البيوع وبموت المشتري لا تبطل بلا خلاف
قوله ولم يتغير سبب حقه اي حق المستحق وهو الشركة او الجوار **قوله** ولا يباع في دين
المشتري او وصيته اي حق مقدم عليهما لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فكان مقدما على حق
من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم او الموصى له حتى لو باعها القاضي او وصي المشتري في دين او
وصية للشفيع ان يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي
حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان بيع القاضي اما لجهله بحق الشفيع او بناء على انه لا يطلبه فاذا طلبه
نقض بيعه لان هذا قضا بخلاف الاجماع فانهم اجمعوا ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا ينفذ
قضاؤه ولهذا لو جعل المشتري الدار مسجدا او مقبرة ينقض الشفيع ما صنع لتقدم حقه وبه قال
الايمة الثلاثة وعن الحسن واحمد في رواية فيما وقفه المشتري او جعله مسجدا يبطل شفعة الشفيع
لان الشفعة انما تكون فيما يكون في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكا ولان الوقف لا يحتمل
الفسخ كالعتق وقلنا حق الغير يمنع صيرورته مسجدا او وقفا لان المسجد ما اخلص لله تعالى ومع تعلق حق
الغير لا يتخلص كذا في الايضاح **قوله** ولهذا لم يزل به اي بالبيع وان لم يعلم المشتري بشرا المشفوعة
وبه قال الشافعي في وجه وملك واحمد في رواية وقالوا في رواية لا يسقط لانه ثبت حقه بالبيع وما
وجد منه رضا بتركها لا صريحا ولا دلالة اذ البيع بعد العلم يدل على الرضا لا قبله وكذا لم رواية
فيما اذا باعها بعد العلم بالبيع لثبوت حقه بالبيع والبيع لا يدل على اسقاط حقه لان بقا السبب بعد
ثبوت الحق لا يشترط وقلنا الاستحقاق بالشركة او بالجوار وقد زال قبل التملك فلا يتملك به سوا
علم بالبيع او لم يعلم وفي المبسوط علمه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له فكذا في
الدلالة عليه **فان قيل** يشكل بما اذا ساوم الشفيع المشتري او ساله ان يوليه اياه او يستاجر
منه فان ذلك تسليم الشفعة دلالة والعلم بالشفعة شرط فيها فينبغي ان لا يشترط كما في البيع **قلنا**
قال في المبسوط انما اشترط العلم في المساومة لان المساومة غير موضوعة لابطال الشفعة وسقط
الشفعة بها لما فيها من دليل الرضى من الشفيع ولا يتحقق الرضا الا بالعلم بخلاف التسليم صريحا او دلالة
لانه اسقاط وفي الاسقاط لا يشترط العلم كما في الطلاق وفي بيع الشفيع ما يشفع به اسقاط لما ان بقا
ما يشفع به شرط الى وقت القضا بالشفعة له **قوله** او ابرا اي رب الدين المديون والمديون لا
يعلم به فانه يصح الابرا لانه اسقاط كما لو سلم الشفعه صريحا وهو لا يعلم بشرا المشفوعة وبوجوب الشفعه
اما لو باع بعض داره شايعا فله الشفعه بما بقي وبه قال الشافعي في وجه واحمد في رواية لانه يجوز ان
يستحق انه ابهذا القدر فالى ان يبقى وكذا لو باع بعضه اي بعض داره شايعا فله الشفعه بما بقي بعضه مقسوما
وذلك لا يلي المبيعة لان الجوار قايم وان كان مما يلي المبيعه بطلت شفعته لزوال الجار **قوله** والا
اذا من باع وهو وكيل البايع او بيع له وهو الموكل فلا شفعة له وقال الشافعي واحمد له الشفعه سوا كان وكيل
البايع او وكيل المشتري لما ان حقوق العقد يرجع الى الموكل فبالعمل لغيره لا يسقط حقه الثابت شرعا وقال
بعض الشافعيه والقاضي الحنبلي كما ههنا وقال بعض الشافعيه ان كان وكيل المشتري سقط شفعته دون
وكيل البايع لان الملك عندهم ينتقل الى الوكيل في الشرا وكذا لو ضمن الشفيع الدرك من البايع سقط
شفعته عندنا وقال الشافعي لا يسقط وكذا لو باع وشرط لغير المشتري وهو الشفيع فاجاز الشفيع بطلت
شفعته عندنا خلافا للشافعي واحمد ولو اشترى الشفيع وهو وكيل المشتري اذا ابتيع له اي هو الموكل
في الشرا او شرط المشتري الخيار لغيره وهو الشفيع فاجاز الشفيع فله الشفعه بلا خلاف **قوله** ابتيع
له صورته اشترى المضارب بمال المضاربة ورب المال شفيعها ياخذها بالشفعة لانه اشترى له ذكره في شرح

الطحاوي للشافعي ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم يسقط الشفعة كالاذن في البيع والعفو عن الشفعة
قبل تمام البيع وكوكيل المشتري والبيع لا يتوقف على الضمان وقلنا تمام البيع باجازته وكان كالبائع
وفي ضمان الدرك تقرير للبيع فكان كالبائع ففي الاخذ بالشفعة نقض ما تم من جهته كما في وكيل البائع بخلاف
وكيل المشتري ومن شرط له الخيار من جانب المشتري وهو شفيع لان الشفعة تبطل باظهار الشفيع الرغبة
عن الدار فيكون ابطالا للشفعة ولانه لو اخذ بالشفعة يصير الواحد مملكا ومتملكا لغير واحد في
حاله واحده وذا لا يجوز للتنافي كذا قيل وفيه نوع تامل **قوله** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف
الى اخره قيد بالف لانه لو علم انها بيعت باكثر سقطت شفعته كما لو علم كما اخبر لان الرضا بالتسليم بالف
رضا بالتسليم باكثر منه ذكره في المبسوط وبه قالت الائمة الثلاثة وقال ابن ابي ليلى لا شفعة في
الوجهين لانه اسقط حقه بعد ما وجب ورضي بمجاورة المشتري فلا يكون له ان يابى ذلك بعد الرضا
سقوطه وقلنا انما اسقطه بشرط ان يكون الثمن الفا لانه بنى تسليمه على ما اخبر به والخطاب
السابق كالمعاد في الجواب فكانه قال سلمت ان كان الثمن الفا وانما اقدم على هذا التسليم لغلاء
الثمن ولم يتمكن من تحصيل الالف ولا يزول هذا المعنى في الاكثر بل يزداد اما اذا كان الثمن اقل
فقد انعدم المعنى الذي لاجله كان رضا بالتسليم فيكون على حقه ولو اخبر ان الثمن مما يكال او يوزن
فسلمها ثم ظهر صنف اخر اقل مما سمي له او اكثر فهو على شفعته لانه قد تيسر عليه تحصيل جنس دون
جنس وكان هذا التقييد مفيدا **قوله** بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر
اي تسليمه ليس بباطل يعني اذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت
بعبد قيمته الف درهم او اكثر كان تسليمه صحيحا على ما ذكر في الكتاب هذا الذي ذكره اختيار شيخ
شيخ الاسلام وفي الذخيرة لو اخبر ان الثمن شي من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه شي آخر من ذوات
القيم بان اخبر ان الثمن دار فظهر انه عبد فجواب محمد انه على شفعته من غير فصل قال شيخ الاسلام
هذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر وغير صحيح فيما اذا كان قيمته مثل قيمة
ما اخبر لان الثمن اذا كان من ذوات القيم فالشفيع ياخذ بقيمة الثمن دراهم او دنانير وكانه اخبر انه
الف درهم او مائة دينار فسلم ثم ظهر مثل ما اخبر او اكثر وهناك كان التسليم صحيحا ولو ظهر اقل
كان على شفعته كذا هاهنا ولو كان على العكس بان اخبر ان الثمن عبد قيمته الف او ما اشبه ذلك من
الاشيا التي هي من ذوات القيم ثم ظهر انه دراهم او دنانير فجواب محمد انه على شفعته من غير فصل
قال بعض المشايخ هذا الجواب محمول على ما اذا كان قيمة ما ظهر اقل اما لو كان مثله او اكثر فلا شفعة له
وبعضهم قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف المسئلة المتقدمة لانه وان كان بالقيمة قد يصير مغبونا
في ذلك لان التقويم بالظن يكون وانما سلم حتى لا يصير مغبونا وهذا المعنى ينعدم فيما اذا كان الثمن دراهم
قوله وقال زفر له الشفعة وبه قالت الائمة الثلاثة لاختلاف الجنس ولهذا احل التفاضل بينهما وقلنا
الجنس واحد في الثمنية وهي المعنى المقصود في المالية ولهذا يضم في الزكاة والمكره على البيع بالدراهم يكون مكرها
على البيع بالدنانير ورب الدين اذا ظفر بدنانير المديون وحقه الدراهم له ان ياخذ ورب مال المضاربة
اذا صار دنانير على نهي رب المال كما لو صار دراهم ومبادلة احد النقدين بالاخر يتيسر في العادة
ولا يتقيد رضاه بالصورة بل يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا كذا في المبسوط
والايضاح وذكر في الاسرار خلاف ابي يوسف فقال تبطل شفعته عند ابي يوسف استحسانا خلافا لهما
وجه القياس انه قد يتيسر عليه الاخذ باحدهما دون الاخر فالرضا باحدهما لا يدل على الرضا بالاخر
وجه الاستحسان انهما جنس واحد في حق التجارات وضمانها وفي الذخيرة جعل قول ابي حنيفة مثل قول

زفر وقول ابي يوسف كما ذكر في الكتاب وذكر قول ابي يوسف كما ذكرنا ثم قال وابو حنيفة رحمه الله
يقول هما جنسين مختلفين في الاخبار حتى ان الاكراه على الاقرار باحدهما لا يكون اكراها بالاقرار بالاخر
وفي بعض الاجابات اعتبر جنسا واحدا وفي مسئلتنا اخبار وايجاب لان تسليم الشفعة وان كان ايجابا
الا ان التسليم بنا على الاخبار لانه اخبر ان الثمن كذا في احدى النوعين وهو الاخبار اعتبر جنسين
مختلفين في بعض الاحكام فترجح ما يوجب اختلاف الجنسين فصار كالحنطة والشعير **قوله** فلا
الشفعة لتفاوت الجوار وبه قال الشافعي في وجه واحد وقال الشافعي في وجه لا شفعة له واختار
الاول في شرح الوجيز لجواز ان يرضى بشركة زيد او جواره دون عمرو **قوله** فله ان ياخذ نصيب
غيره وعند الشافعي واحمد لا يبطل شفعته اصلا لا في نصيبه ولا في نصيب غيره **قوله** وفي عكسه
وهو ان يخبر بشرا الكل فظهر شرا النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في
ابعاضه واحترز به عن رواية [illegible] وعن ابي يوسف انه قال وله الشفعة في هذه الصورة كما
في الصورة المذكورة وبه قال الشافعي واحمد لجواز ان يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد
يتمكن على البعض بخلاف ما اذا سلم في البعض لان العجز عن ادا البعض عجز عن ادا الكل بالطريق الاولى
ولانه قد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع كذا في المبسوط وفي الذخيرة
فلو ظهر انه اشترى النصف لا شفعة له قال شيخ الاسلام هذا الجواب محمول على ما اذا كان ثمن النصف
مثل ثمن الكل بان اخبر انه اشترى الكل بالف ثم ظهر انه اشترى النصف بالف اما لو ظهر انه اشترى
النصف بخمسمائة يكون على شفعته

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال
شرع في بيان تلك الاحوال لانه يحتمل ان يكون الجار او الشريك فاسقا يتاذى به وفي استعمال
الحيلة تحصيل الخلاص من مثله **قوله** بالثمن الا درهما والباقي بالباقي وفي الايضاح لو خاف المشتري
ان لا يبيع الباقي بالباقي فالحيلة ان يشتري العشر بتسعة الاعشار من الثمن بالخيار الى ثلاثة ايام حتى لو
لم يبع الباقي بالباقي يفسخ البيع ولو ان البائع خاف ان لو باع الباقي بالباقي لما اخذ العشر بتسعة الاعشار
ويفسخ البيع الاول فالحيلة ان يبيع الباقي بالخيار لنفسه الى ثلاثة ايام ثم يخبر ان البيع معا ولو خاف كل واحد
ان لو اجاز لم يجز صاحبه فالحيلة في ذلك ان يوكل به واحد منهما وكيلا باجازة البيع ويشترط على
الوكيل ان يخبر ان اجاز صاحبه ولا يخبر ان لم يجز صاحبه **قوله** وهذه اي هذه المسئلة وهي ان ابتاعها
بثمن ثم دفع اليه ثوبا عن الثمن حيلة اخرى تعم الجوار والشركة يعني تصلح لهما اما المسئلة الاولى لدفع
الجوار لا للشريك **قوله** الا انه اذا استحقه الى اخره استثنا عن قوله تعم الجوار والشركة لكن
فيه ضرر على البائع على تقدير ظهور الاستحقاق يبقى كل الثمن على البائع لانه اشترى الثوب والمشتري
يرجع بكل الثمن لا بالثوب المشتري **قوله** والاوجه ان يباع الى اخره حتى لا يتضرر بائع الدار وفي
فتاوى قاضيخان بيان ذلك ان يبيع الدار بعشرين الفا اذا اراد ان يبيع بعشرة الاف درهم ثم
يقبض تسعة الاف درهم وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان
ياخذها بعشرين الفا ولو استحقت لا يرجع المشتري بعشرين الفا بل يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت
الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم
تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف ومن الحيلة ان يعقد البيع بثمن مجهول المقدار
كحفنة قراضة او جوهر معينة او سلعة معينة غير موصوفة او بمائة درهم وكف من الفلوس لا يعرف
قدره **قوله** وتكره الحيلة الى اخره اعلم ان الحيلة بعد ثبوت الشفعة في اسقاطها مكروهة
بالاجماع وذلك ان يقول المشتري انا ابيعها منك بما اخذت فيقول الشفيع نعم او يقول اشتريت او

او يصالحه بمال ثم يرد المال بعد الصلح وفي الحيله في منع ثبوتها اختلف المشايخ فقال بعضهم
على قول ابي يوسف لا يكره وهذا القايل قاس فصل الشفعه على فصل الزكاه وبقول محمد قال الشافعي
وعند احمد بالحيله لا تسقط شفعته وفي صوره الموهوب او بجهالة الثمن ياخذ بثمن المثل لقوله صلى
الله عليه وسلم لا تحل الخديعة ولان الشفعة شرعت لدفع الضرر وسقوطها بالحيلة يوجب الضرر فلا
تسقط وقلنا في الحيله دفع الضرر عن نفسه مشروع بالاية والحديث وان كان الغير يتضرر به في
ضمنه فكيف اذا لم يتضرر وبعض مشايخنا قالوا لا تكره الحيله في منع وجوبها لما الخلاف بين ابي
يوسف ومحمد في الزكاه وذلك بان يستبدل نصاب السايمة بغيرها في اخر الحول فرارا من الزكاة
وفي مبسوط شمس الايمه الاشتغال بالحيلة قبل وجوب الشفعه لا باس به وكذا بعد وجوب الشفعه
اذا لم يكن المشتري الاضرار بالشفيع وانما قصده الذب عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا على
قول ابي يوسف اما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبرا
ويمنع وجوب الزكاه

مسايل متفرقة

اخر المسايل المتفرقه كما هو داب المصنفين
قوله اذا اشترى خمسة نفر الى اخره لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسايل الشفعة
الا هذه **قوله** اخذها كلها او تركها وبه قال ملك والقاضي الحنبلي والشافعي في وجه
وقال الشافعي في الاصح له ان ياخذ حصة احدهم وبه قال احمد كما في الفصل الاول ولا خلاف
في الفصل الاول للشافعي ان تعدد البايع يوجب تعدد العقد كتعدد المشتري ولنا ان المشتري
ملك الكل بصفقه واحدة ففي التفريق اضرار به بزيادة الضرر وهو ضرر الشركه والشركه
عيب فيتضرر به زيادة ضرر غير الاخذ بالشفعة بخلاف الاول لان الصفقه متفرقه وضرر
الشركه حصل بذلك **قوله** ولا فرق في هذا اي في اخذ الشفيع نصيب احد المشترين فيما اذا
كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وهو الصحيح وهذا احتراز عما روى القدوري عن اصحابنا
والحسن بن زياد عن ابي حنيفه ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما قبل
القبض لان التملك وقع على البايع فتفرق عليه الصفقه فيتضرر البايع اما بعد القبض التملك يقع
على المشتري وقد اخذ منه جميع الدار ولكنا نقول قبل القبض اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما
لم ينقد الاخر حصته كيلا يودي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشترين يعني اذا نقد احدهما
الثمن لا يقدر على قبض نصيبه حتى يودي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذا الشفيع اذا اخذ
نصيب احد المشترين فليس له ان ياخذ نصيبه اذا نقد ما عليه حتى يودي الباقون كلهم ما عليهم
من الثمن ليلا يلزم تفريق اليد على البايع **قوله** لان العبرة في هذا التفرق للصفقه لا للثمن بان
كان المشتري واحدا او البايع اثنين فللشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين وفي الكافي ومسلة الكتاب
فيما اذا كان الثمن منقودا او معنى قوله ياخذ نصيب احدهم بتملكه بالشفعه وما لم يكن الثمن منقودا لا
يكون له ولاية الاخذ وذكر في الذخيرة ولو كان البايع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما نصفه على حدة
للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان كان يلحق المشتري ضرر الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل
كل واحد بصفقه على حدة ثم ذكر التمرتاشي محالا الى الجامع في اتحاد الصفقه ان تتحد العاقد والعقد والثمن
متحدا بان قال البايع للمشترين بعت منكما او قال البايعان بعت منكما يتحد الصفقه لان ما يوجب الاتحاد
راجح وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن والعقد والعاقد واحد بان قال بعت هذا بكذا او هذا
بكذا او قال المشتري ذلك ما لو تفرق الثلاثة تفرق الصفقه وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد
اما لو اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن قيل في موضع يتفرق الصفقه لرجحان جنبه التفرق وفي موضع

لا يتفرق فعلى الاول قياس وهو قولهما والثاني استحسان وهو قول ابي حنيفه وههنا تفريعات
الى اخره ومن التفريعات ما ذكر في الذخيره في هذه المسله يجب ان يعلم ان الروايات اتفقت عن اصحابنا
ان المشتري اذا كان والبايع واحدا واشترى بصفقه واحده ليس للشفيع ان ياخذ البعض دفعا للضرر
عن المشتري يعني ضرر عيب الشركه ثم ذكر مسلة الجامع الصغير التي ذكرناها ان المشترين اذا كانوا جماعة
له ان ياخذ نصيب احدهم بخلاف ما اذا كان البايع جماعه حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب احدهم ثم
ذكر رواية القدوري كما ذكرنا وكذا الوكالة في الشرا بوكالة رجل رجلين فاشتريا كان له ان ياخذ نصيب
احدهما وان الموكل رجلين والوكيل واحد لم يكن له ان ياخذ نصيب احد الموكلين **قوله** اخذ الشفيع
الذي صار للمشتري او يدع يعني ليس له ان ينقض ويقول للمشتري ادفعه للبايع حتى اخذ منه لان القسمه
في غير المكيل والموزون افراز وتمييز لعين الحق من عين ومبادله من وجه والشفيع يملك نقض المبادله التي
يحدثها المشتري ولا يملك نقض القبض ولهذا ليس له ان ينقض قبض المشتري ليعيد العهده على البايع لان
القبض بجهه البيع له حكم البيع وكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض الموجود بجهه البيع
فلما كانت القسمة مبادله من وجه قبضا من وجه فمن حيث انها قبض يملك الشفيع نقضها ومن حيث
انها مبادلة يملك فلا يملك نقضها بالشك كذا في قاضي خان وفي الذخيره تصرفات المشتري في الدار
المشفوعة صحيحه الى ان يحكم بالشفعه لان التصرف يعتمد الملك والملك له وللشفيع حق الاخذ
غير ان الشفيع ينقض كل تصرفه الا القبض وما كان من تمام القبض والقسمه من تمام القبض
سواء كانت بالقضا او بغيره لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمه قبض ناقص حتى لا تصح الهبه
في المشاع ولو قاسم وسلم جازت الهبة وقاسم المشتري فالمشتري في محل الرفع بالفاعليه والذي
لم يبع في محل النصب بالمفعوليه اي قاسم المشتري الدار مع الشريك الذي للبايع ولم يبع **قوله**
ثم اطلاق الجواب في الكتاب اي الجامع وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري **قوله**
لا يملك ابطال حقه اي حق الشفيع بالقسمه لانها تصرف من المشتري فلا يبطل به حق الشفعة
قوله وعن ابي حنيفه الى اخره ذكره القدوري في شرحه لانه اذا وقع في غير جانبها وليس له نقض
القسمة لا يكون جارا فلا يستحق الشفعه **قوله** وله عبد ماذون مديون وهو الشفيع فله
الشفعه اي فللعبد الماذون المديون وكذا اذا كان البايع العبد والمولى الشفيع فله اي للمولى الشفعه
فترك الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا ولو اشترى احدهما من اخر جاز لانه يفيد ملك اليد فكذا الاخذ
بالشفعة وعند الايمة الثلاثة لا شفعه له لانه بايع او مشتري لمولاه كما لم يكن عليه دين **قوله**
وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير اعلم ان الشفعة تثبت للصغير عند اكثر اهل العلم
وقال ابن ابي ليلى لا شفعة للصغير قال النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره
حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ولا يمكن وليه الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ وللعامة
عموم الاحاديث ولانه خيار ثبت لازالة الضرر فيثبت للصغير كخيار العيب وقولهم لا يملك العفو
لا يملك الاخذ منقوض بخيار العيب فانه يملك الاخذ ولا يملك العفو ولان في العفو تضييع لا في الاخذ
وولاية الولي نظريه ثم ان عفوه جايز عند ابي حنيفه وابي يوسف وما ذكروه من الضرر في الانتظار يشكل
بالغايب ثم اذا ثبت الشفعة له يقوم في الاخذ والطلب من قام مقامه شرعا كالاب ثم وصيه ثم الجد
ثم وصيه الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد من هولا فهو على شفعته اذا بلغ واذا ترك الطلب احد
من هولا بطلت شفعته حتى لو بلغ لا يكون له الاخذ اما اذا عفى هل يسقط شفعته والنظر في الاخذ يسقط
عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي وملك واحمد في رواية لا يسقط اذا كان النظر

في الاخذ ولا يسقط وعن احمد في ظاهر مذهبه انه لا يسقط سواء ترك النظر او عدمه او عفى لانه حق
ثابت له فيملك اخذه ولا يسقط باسقاط غيره **قوله** وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
واما في قوله بطلت يتعلق بالوكيل لا بالتسليم في المبسوط اذا وكل وكلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل
الشفعة او اقر بان موكله قد سلمت فعند ابي حنيفة يصحان في مجلس القاضي وعند ابي يوسف في المجلس
وغيره اخرا وكان يقول اولا لا يصحان في المجلس وغيره ثم رجع وقال يصحان فيهما ومحمد مع ابي حنيفة في
اقراره في مجلس القاضي اذا سلم بنفسه فعند محمد وزفر والشافعي لا يصح لان ذلك ضد ما فوض اليه لانه
امر باستيفاء الحق لا باسقاطه **قوله** لمحمد وزفر انه اي حق الشفعة او طلبها حق ثابت للصغير فلا يملكان
اي الاب والوصي ابطاله كذا بالنون وفي بعض النسخ كذبته بالتاء المنقوطة من فوقها بالتثنية لان له
قوله ولكن الاولى في النسخ الاول لانه اعم واوفق لرواية المبسوط فانه علل فيه وقال لا يثبت الولاية
لهما في اسقاطه كابراء الدين والعفو عن القصاص الواجب له واعتاق عبده وهذا لان ولايتهما نظرية
وفي اسقاط حقه ليس معنى النظر بل فيه اضرار فلا يملكانه ولهما انه اي الاخذ بالشفعة في معنى التجارة
لانه تملك العين بالثمن وهو عين الشراء فيصح تركه ممن يملك التجارة كما لو قال رجل بع هذا العبد لفلان
الصبي بكذا ابرده الاب او القاضي ولان هذا التصرف داير بين الضرر والنفع فهو اسقاط بعوض يعد له فلا
يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف الابراء والعفو عن القود والاعتاق لانه لا عوض هناك يعادله فلا
يملكانه **قوله** جاز التسليم بالاجماع اي بلا خلاف محمد وزفر والشافعي لتمحضه نظرا للصبي وقيل لا يصح
التسليم بالاتفاق الى اخر ما ذكر في المتن وفي الكافي وهو الاصح وهكذا ذكره في المبسوط لانه اذا لم يملك
الاخذ لا يملك التسليم فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وصار الولي كالاجنبي لا يصح عند ابي حنيفة وذكر في
الحصر والمختلف في هذه المسئلة عن ابي حنيفة يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن
ملكه فلم يكن تبرعا فهذا مخالف لرواية الهداية وانما خص قول ابي حنيفة مع ان قول محمد وزفر والشافعي
كذلك لان الشبهة ترد على قوله فان تسليم الاب والقاضي يجوز عنده اذا بيعت بمثل قيمتها فينبغي ان يجوز
باقل لان هذا البيع وان كان بالمحاباة الكثيرة لا يخرج عن معنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في
ماله لكن قال لا يصح فيما يروى عن ابي حنيفة لان تصرفهما في ماله يدور مع الوجه الاحسن فلما تعينت جهة
الاحسن في هذا البيع في الاخذ فكان في التسليم ترك ماله بغير الاحسن وفيه نوع تامل ولهذا المعنى خص قول
ابي يوسف بقوله ولا رواية عن ابي يوسف وان كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها
وفي الذخيرة والمغني ولو اشترى الاب دارا للصغير والاب شفيعها ياخذها بالشفعة عندنا اذا لم يكن
بالاخذ ضرر للصغير وبه قال الشافعي واحمد ومعنى ان يقول اشتريت للصبي واخذت بالشفعة لان
شراء ماله لنفسه جايز وكذا بالشفعة ولو كان مكان الاب الوصي فان كان في الاخذ للصغير منفعة بان
اشتراه بغبن يسير للوصي ان ياخذها على قياس قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف كما في شراء الوصي
مال الصغير لنفسه وللشافعي فيه وجهان في وجه الاخذ وفي وجه لا وبه قال احمد للتهمة اما اذا لم يكن للصغير
في الاخذ منفعة يجوز اخذه بالاجماع ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب
الشفعة للتهمة فاذا بلغ ياخذها ان شاء اما الاب لو اشترى دارا لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلبها الاب
للصغير لا تبطل شفعته حتى اذا بلغ كان له الاخذ لان الاب لا يتمكن من الاخذ لانه مانع وسكوته لا يكون
مبطلا اما الوصي لو باع دارا لنفسه او اشترى لنفسه والصبي شفيعها فسكوته لا يبطل شفعته حتى
اذا بلغ له الاخذ وفي الجامع الاصغر لو باع الوصي دار اليتيم والوصي شفيعها فلا شفعة له الا اذا باع
وكيل القاضي او القاضي للوصي الشفعة وبه قال ——— الشافعي واحمد والله اعلم

كتاب القسمة

كتاب القسمة

قيل ايراد القسمة عقيب الشفعة باعتبار
ان كل واحد من نتايج النصيب الشايع اذ اقوى اسباب الشفعة الشركة او باعتبار ان القسمة نافية للشفعة
وقاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق
فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت مع ان المثبت مقدم على النافي ثم من محاسن القسمة الخلاص من
مصاحبة شريك له سوء خلق اذ مع صحبته لا ينتظم امور الدين والدنيا وقد يكون كمال انتفاعه بملكه
في القسمة وهو الاغلب بحسن شرع القسمة ثم القسمة لغة اسم من الاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة
للايتساء وشرعا ما ذكر في الايضاح بانها جمع النصيب الشايع في مكان معين وسببها طلب الشريك
الانتفاع بملكه على وجه الخصوص ولهذا لو طلبها يجب على القاضي اجابته على ذلك ذكره في
المبسوط وركنها الفعل يقع به الافراز كالكيل والوزن والعد والذرع والكيلي والوزني
والعددي والذرعي وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة وعن هذا قال في المبسوط لا يقسم
الحمام والحايط وما اشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود من القسمة توفير المنفعة فاذا
فات منفعته بالقسمة فيكون ذلك تبديلا لا افرازا وشرعيتها بالكتاب والسنة واجماع الامة اما
الكتاب فقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اي لكل شرب محتضر وقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم
في قصة ناقة صالح وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا لم يكن فيه نكير وقوله تعالى واذا حضر القسمة اولوا
القربى الاية واما السنة فما روي انه صلى الله عليه وسلم باشرها في الغنايم والمواريث وقال اعط
كل ذي حق حقه وكان يقسم بين نسايه وهذا مشهور واجمعت الامة على مشروعيتها **قوله** ثم هي
اي القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في المثلي وغيره لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على
النصيبين وكان ما ياخذ كل واحد منهما نصفه ملكه لم يستفده من صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر
كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة الا ان الاظهر معنى الافراز والتمييز في المثلي
ومعنى المبادلة في الحيوانات اي في غير ذوات الامثال وبه صرح في المغني وغيره حيث قال القسمة في غير
ذوات الامثال معنى المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة مبادلة وهو
ظاهر واما من حيث الحكم ما ياخذ كل واحد مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واتحاد القيمة كاتحاد
العين حكما فكان افرازا من هذه الجهة و**قوله** الا انها الى اخره جواب سؤال يرد على قوله
معنى المبادلة هو الظاهر بان يقال لو كان الرجحان للمبادلة ينبغي للقاضي ان لا يجبر الابي على القسمة
في غير ذوات الامثال كما لا يجبر على بيع ماله فقال انما يجبر لدفع الضرر عن غيره كالغريم يحبس حتى يبيع ماله
لقضاء الدين وبهذا السؤال والجواب صرح في المغني حيث قال **فان قيل** لو كان الرجحان لجهة المبادلة
ينبغي ان لا يجبر عليها وبالاجماع يجبر وكذا لا يثبت حكم الغرور فيها حتى لو بنى احد مما في نصيبه بعد القسمة
ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء وفي المبايعة يرجع المشتري **قلنا**
الجبر لحق مستحق للغير كما ان المشتري يجبر على الدفع على تسليم الدار الى الشفيع والمديون يحبس حتى يبيع
ماله ويقضي الدين فالجبر لحق الغير لا ينفي كونها مبايعة وانما لا يثبت حكم الغرور لان حكم كل واحد منهما
مضطر في هذه المبايعة لتخليص حقه ومنع صاحبه عن الارتفاق بملكه ولا يمكنه ذلك الا بهذه المبايعة
فيكون مضطرا فيها لاحياء حقه والجبر كما يثبت بالاكراه يثبت بالحاجة الى احياء الحق لصاحب الغير
اذا ابى الشغل واذا كان يجبر على هذه المبايعة لا يثبت حكم الغرور كالشفيع اذا اخذ الدار من المشتري
بالقضاء **قوله** وان كانت اي الاعيان المشتركة اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها والحاصل
ان الاعيان المشتركة لا تخلو اما ان كانت من جنس واحد لا تخلو اما ان كانت مما يجري فيه الربا كالمكيل